

Karla Stolte

DER VERZICHT AUF DIE RECHTSFÄHIGKEIT
BEIM RECHTSFÄHIGEN VEREIN

1984

Diss Münster





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit beim
rechtsfähigen Verein

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Karla Stolte
aus Moers

1984

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Dekan: Prof. Dr. Großfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 25.6.1984

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	S. IX
Literaturverzeichnis	S. X
§ 1 <u>Einleitung</u>	S. 1
§ 2 <u>Hauptteil</u>	S. 3
1. <u>Abschnitt:</u> Verlust der Rechtsfähigkeit beim rechts- fähigen Verein	S. 3
A Gründe für den Verlust der Rechtsfähigkeit	S. 3
B Freiwilliger und unfreiwilliger Verlust der Rechts- fähigkeit	S. 10
C Fortbestand des ehemals rechtsfähigen Vereins	S. 11
I. Fortbestand als Personenverband	S. 11
II. Fortbestand als Vermögensträger	S. 12
2. <u>Abschnitt:</u> Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit	S. 13
A <u>Praktische Bedeutung</u>	S. 13
I. Fusion wirtschaftlicher Vereine	S. 13
II. Selbstbestimmungsrecht der Vereinsmitglieder beim Idealverein	S. 15
B <u>Zulässigkeit des Rechtsfähigkeitsverzichtes</u>	S. 16
I. Fehlen einer gesetzlichen Regelung	S. 16
II. Rechtsprechung und Literatur	S. 16

III. Abweichende Ansicht Gierkes	S. 16
IV. Stellungnahme	S. 17
C <u>Rechtsnatur des Rechtsfähigkeitsverzichtes</u>	S. 18
I. Rechtsfähigkeitsverzicht als Satzungsänderungs- beschluß	S. 18
II. Rechtsfähigkeitsverzicht als Minus gegenüber dem Auflösungsbeschluß	S. 18
III. Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassun- gen	S. 19
IV. Kritik und Stellungnahme	S. 20
1) Gemeinsamkeit des Auflösungsbeschlusses und des Rechtsfähigkeitsverzichtes	S. 20
a) Rechtsfähigkeit als Merkmal der juristischen Person	S. 20
b) Das Wesen der juristischen Person im Theorienstreit	S. 20
c) Bedeutung der Theorien	S. 23
2) Unterschiede zwischen Auflösungsbeschluß und Rechtsfähigkeitsverzicht	S. 24
3) Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als Akt der Vereinsautonomie eigener Art	S. 24
4) Erfordernis staatlicher Genehmigung für den Rechtsfähigkeitsverzicht beim konzessionierten Verein	S. 26

D	<u>Personenrechtliche und vermögensrechtliche Rechtsfolgen des Rechtsfähigkeitsverzichtes</u>	S. 28
I.	<u>Lösungsmöglichkeiten</u>	S. 29
1)	Nichtidentität zwischen dem ehemals rechtsfähigen Verein und dem nicht rechtsfähigen Verein	S. 29
2)	Gesamtrechtsnachfolge	S. 30
3)	Teil-Identität	S. 30
4)	Identität des ehemals rechtsfähigen Vereins mit dem nicht rechtsfähigen Verein	S. 31
II.	<u>Streitstand in Rechtsprechung und Literatur</u>	S. 32
1)	Rechtsprechung	S. 32
2)	Literatur	S. 33
a)	Nichtidentität und Notwendigkeit des Vermögensüberganges	S. 33
aa)	Liquidation und Einzelübertragung	S. 33
bb)	Gesamtrechtsnachfolge	S. 35
b)	Teil-Identität und Identität	S. 36
aa)	Identität des Personenverbandes und Nichtidentität des Vermögensträgers	S. 36
(1)	Volle Liquidation	S. 37
(2)	Vereinfachte Liquidation	S. 40
bb)	Vollständige Identität	S. 41
c)	Widersprüchlichkeiten in der Literatur	S. 42

III. <u>Kritik und Lösungsvorschlag</u>	S. 43
1) <u>Kritik und Stellungnahme zur Nichtidentität des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem vormals rechtsfähigen Verein</u>	S. 43
a) Verschiedenheit der Rechtssubjekte als Grundgedanke der Nichtidentität	S. 43
aa) Historische Bedingungen	S. 44
bb) Unterschiede zwischen juristischer Person und gesellschaftsrechtlichem Zusammenschluß der §§ 7o5 ff BGB in personen-, vermögens- und haftungsrechtlicher Hinsicht	S. 44
cc) Korrektur des § 54 BGB im Wege der Rechtsfortbildung	S. 46
dd) Bedeutung der vorhandenen bzw. fehlenden Rechtspersönlichkeit des Verbandes als einziges Unterscheidungsmerkmal	S. 47
b) Verschiedenheit der Rechtssubjekte und Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge	S. 48
c) Zwischenergebnis	S. 5o
2) <u>Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als umgekehrter Fall der Entstehungssituation</u>	S. 51
a) Rechtsnatur des Vorvereins	S. 52
b) Beurteilung des Rechtsverhältnisses Vorverein - rechtsfähiger Verein und Vorgesellschaft - juristische Person in der Vergangenheit	S. 52
c) Neuere Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur unter Berücksichtigung des Identitätsgedankens	S. 55

aa) Aktiengesellschaft	S. 55
bb) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	S. 57
cc) Genossenschaft	S. 60
dd) Verein	S. 63
(1) Identität des Vorvereins mit dem rechtsfähigen Idealverein	S. 63
(2) Identität des Vorvereins mit dem Wirtschafts- verein	S. 64
(3) Gegner der Identitätstheorie	S. 65
(a) Begriffslogische Kritik	S. 66
(b) Analyse der Rechtsprechung zur Identitäts- theorie durch Horn	S. 67
d) Zwischenergebnis	S. 69
3) <u>Doppelexistenz nicht rechtsfähiger Verein / rechtsfähiger Liquidationsverein als Folge einer analogen Anwendung des Liquidationsgebotes des § 47 BGB</u>	S. 69
a) Regelungsbedürfnis (Gesetzeslücke)	S. 70
aa) Wortlaut des Gesetzes	S. 71
bb) Gesetzliche Regelungsabsicht und gesetzlicher Zweck	S. 72
cc) Gesetzeslücke	S. 72
b) Ähnlichkeit des geregelten und des nicht geregelten Sachverhaltes	S. 73
aa) Doppelexistenz und Existenz nur eines Vereins ..	S. 73
bb) Entstehungsgeschichte des Gesetzes	S. 76
(1) Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit	S. 76
(2) Fortbestand eines nicht rechtsfähigen Vereins in den Fällen der §§ 42, 43, 73 BGB	S. 77

(3) Überlebenschancen eines fortbestehenden nicht rechtsfähigen Vereins	S. 79
(4) Bedeutung des öffentlichen Vereinsrechtes ...	S. 82
(5) Vollbeendigung des Vereins als gesetzgeberisches Leitbild	S. 82
cc) Motivation des Gesetzgebers bei Schaffung des § 54 S. 1 BGB	S. 83
(1) Historische Beweggründe	S. 83
(2) Konsequenzen der gesetzgeberischen Motivation	S. 84
dd) Funktion der Anfallberechtigten i.S. des § 45 BGB im Gegensatz zur Funktion des fortbestehenden nicht rechtsfähigen Vereins	S. 86
(1) Keine Gesamtrechtsnachfolge	S. 86
(2) Eingeschränkter Übergang von Persönlichkeits- rechten	S. 87
(3) Kein Übergang von Vermögensschulden	S. 87
(4) Notwendigkeit des Gläubigerschutzes als Folge der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Anfallberechtigten	S. 88
(5) Fehlen einer Notwendigkeit des Gläubiger- schutzes bei konsequenter Durchführung des Identitätsgedankens	S. 88
(a) Unverändertes Haftungsobjekt	S. 88
(b) Erweiterung der Gläubigerrechte	S. 89
ee) Überflüssigkeit der Fortsetzung eines Liquidations- verfahrens bei Wiederaufhebung eines Auflösungsbe- schlusses	S. 90
ff) Liquidation als Sonderverwaltung eines Teiles des Vereinsvermögens	S. 91

gg) Notwendigkeit einer Liquidation unter interessen-	
orientierten Gesichtspunkten	S. 93
(1) Nachteile für den Verein	S. 94
(2) Nachteile für die Vereinsgläubiger	S. 97
(3) Liquidation als Widerspruch zu den beteiligten	
Interessen	S. 97
hh) Rechtssicherheit bei Nichtdurchführung eines Liqui-	
dationsverfahrens	S. 97
(1) Unveränderter Bestand von Vertragsbeziehungen	S. 98
(2) Rechtsunsicherheit und Mißbrauchsgefahr bei	
stillschweigender Fortsetzung von Vertragsver-	
hältnissen	S. 99
(3) Weiterhaftung des nicht rechtsfähigen Vereins	
für Verbindlichkeiten des vormals rechtsfähigen	
Vereins	S. 99
(4) Keine Gefahr eines rechtsmißbräuchlichen Ver-	
zichtes auf die Rechtsfähigkeit	S. 100
ii) Nutzen der abgeschwächten eingeschränkten Identitäts-	
theorie	S. 101
c) Zwischenergebnis	S. 102
4) <u>Motive und Ursachen der noch herrschenden einge-</u>	
<u>schränkten Identitätstheorie</u>	S. 103
§ 3 <u>Zusammenfassung</u>	S. 105

Abkürzungsverzeichnis

D AktG	=	Die Aktiengesellschaft
Einf	=	Einführung
FS	=	Festschrift
Fu	=	Fußnote
Vorbem.	=	Vorbemerkung

Daneben wurden nur solche Abkürzungen verwandt, die enthalten sind in:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache, 3. Auflage, Berlin New York 1983

sowie im

Duden: Rechtschreibung der deutschen Sprache und
der Fremdwörter, 18. Auflage, Mannheim/Wien/Zürich 1980

Literaturverzeichnis

- Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band 1. Halbband §§ 1 - 75,
3. Auflage, Berlin New York 1973.
- Bartl, Harald / Henkes, Ulrich: GmbH-Gesetz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, dem Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und dem Umwandlungsgesetz nach der GmbH-Novelle 1980, Frankfurt am Main 1980.
- Barz, Carl Hans: Die Verschmelzung von Personengesellschaften, Festschrift für Kurt Ballerstedt S. 143 - 155, Berlin 1975.
- Baumbach-Duden: Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch, 24. Auflage, München 1980.
- Baumbach-Hueck AktG: Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968.
- Baumbach-Hueck GmbHG: Kurzkommentar zum GmbH-Gesetz, 13. Auflage, München 1970.
- Beitzke, Günther: Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München und Berlin 1938.
- Beitzke, Günther: Mitgliedlose Vereine, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg S. 19 - 29, Graz 1965.
- Binz, Karl-Heinz: Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG, Köln 1976.
- Brinz, Alois: Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 3. Auflage, Erlangen 1884.
- Brodmann, Erich: Aktienrecht Kommentar, Berlin und Leipzig 1928.
- von Bülow, Joachim: Das Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1902.
- Büttner, Hermann: Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, Bielefeld 1967.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Schriften zur Rechtstheorie Heft 3, Berlin 1964.
- Dilcher, Gerhard: Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, JuS 1966 S. 89 - 95.
- Dregger, Alfred: Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft, Köln 1951.
- Elze, Hans: Lücken im Gesetz, München und Leipzig 1916.
- Enneccerus, Ludwig: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. neubearbeitete Auflage von Hans Carl Nipperdey, 1. Band 1. Halbband, Tübingen 1959.
- Erman-Bearbeiter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I und II, 7. Auflage, Münster 1981.

- Feine, Hans-Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, Dritter Band III. Abteilung, Leipzig 1929.
- Fleck, Hans-Joachim: Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH, GmbH-Rundschau 1983, S. 5 - 17.
- Flume, Werner: Die werdende juristische Person, Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag S. 3 - 45, München 1971.
- Flume, Werner: Zur Enträtselung der Vorgesellschaft, NJW 1981 S. 1753 - 1756.
- Friedrich, Walther J.: Vereine und Gesellschaften, 2. Auflage, München 1980.
- Gadow: Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 87 (1937/38) S. 245 - 268.
- Georgakopoulos, Leonidas N.: Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburg 1959,
- Gessler, Jörg H.: Kommentar zum Aktiengesetz mit Einführungsgesetz und Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt 1970.
- Gierke, Otto von: Das Wesen der menschlichen Verbände, Darmstadt 1965.
- Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht 1. Band Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
- Gierke, Otto: Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, 2. Auflage, Berlin 1902.
- Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz vom 6. September 1965, begründet von Freiherr von Godin und Dr. Hans Wilhelmi, Bd. I §§ 1 - 178, 4. Auflage, Berlin New York 1971.
- Haberkorn, Kurt: Verhältnis der Vorgesellschaft zur eingetragenen Gesellschaft, MDR 1962 S. 350 - 352.
- Habscheid, Walther J.: Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155 (1956) S. 376 - 418.
- Hachenburg: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, 7. Auflage, Berlin New York 1975.
- Haff, Karl: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes, Zürich 1918.
- Heim, Justus: Berechtigung und Verpflichtung der Aktiengesellschaft aus Verträgen vor ihrer Eintragung, ZHR Bd. 108 (1941) S. 181 - 213.
- Hölder, Eduard: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.
- Horn, Hans-Rudolf: Die Vorgesellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1964 S. 86 - 90.
- Hornung, Anton: Buchbesprechung mit Anmerkungen zu Sauter/Schweyer 9. Auflage 1974, Der Deutsche Rechtspfleger 1974 S. 375.

- Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Othmar Jauernig, Peter Schlechtriem, Rolf Stürner, Arndt Teichmann und Max Vollkommer, 2. Auflage, München 1981.
- Keidel-Schmatz-Stöber: Handbuch der Rechtspraxis Bd. 7 Registerrecht, 3. Auflage, München 1976.
- Klug, Ulrich: Rechtslücke und Rechtsgeltung, Festschrift für Hans Carl Nipperdey I Bd. I S. 71 - 93, München und Berlin 1965.
- Kuhn, Georg: Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiete des Aktienrechtes, WM 1957 S. 1142 - 1149.
- Kuhn, Georg: Die Vorgesellschaft, WM Sonderbeilage Nr. 5/1956 zu Nr. 27 S. 3 - 18.
- Lang, Johannes / Weidmüller, Ludwig: Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 30. Auflage, Berlin New York 1974.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin Heidelberg New York 1975 (zitiert: Larenz, Methodenlehre).
- Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, München 1980 (zitiert: Larenz AT).
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, neu bearbeitet von Heinz Hübner, 16. Auflage, Berlin 1966.
- Lieb, Manfred: Abschied von der Handlungshaftung, Der Betrieb 1970 S. 961 - 968.
- Märkle, Rudi W.: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 4. Auflage, Stuttgart München Hannover 1981.
- Müller, Klaus: Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Erster Band §§ 1 - 42, Bielefeld 1976.
- Müller-Erzbach, Rudolf: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sieben Bänden, Bd. I: Allgemeiner Teil, München 1978, Bd. 7: Einführungsgesetz, München 1983 (zitiert: MünchKomm-Bearbeiter).
- Neumann, Kurt: Haftet der eingetragene Verein für die Schulden desselben früher nicht eingetragenen Vereins?, DJZ Bd. 7 1902 S. 292.
- Nußbaum, Arthur: Die nicht rechtsfähigen Vereine im Prozess und Konkurse, ZZZ Bd. 34 S. 107 - 164.
- Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil §§ 1 - 115, 3. Auflage, Berlin 1927.
- Palandt-Bearbeiter: Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Auflage, München 1983.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band Allgemeiner Teil §§ 1 - 240, 4. Auflage, Berlin 1913.
- Reichert-Dannecker-Kühr: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 2. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1977.

Reineke: Haftet der rechtsfähige Verein für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, aus welchem er hervorgegangen ist?, DJZ Bd. 13 (1908) S. 245 - 247.

Reinhardt, Rudolf / Schultz, Dietrich: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1981.

RGRK-Bearbeiter: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, Berlin 1974 - 1981.

Ritter, Carl: Aktiengesetz mit Einführungsgesetz und Durchführungsverordnungen, 2. Auflage, Berlin und München 1939.

Rittner, Fritz: Die werdende juristische Person, Tübingen 1973.

Sauter, Eugen: Der eingetragene Verein, begründet von Eugen Sauter, fortgeführt von Gerhard Schwyer, 12. Auflage, München 1983.

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts Bd. II, Berlin 1840.

Schmidt, Karsten: Die Vor-GmbH als Unternehmerin und als Komplementärin, NJW 1981, S. 1345 - 1347.

Scholz, Franz: Die Haftung der Handelnden in der Vor-GmbH, GmbH-Rundschau 1956, S. 3 - 7.

Schreiber, Otto: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925.

Schwabe, Max: Die selbstbestimmende Einheit der Körperschaft, Basel 1930.

Soergel-Bearbeiter: Kohlhammer-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 11. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1978.

Staudinger-Bearbeiter: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung, 1. Buch Allgemeiner Teil Berlin 1980, EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht Berlin 1981.

Stöber, Kurt: Vereinsrecht, Grundriß mit Kurzkommentierung, Rechtsprechung, Beispielen und Formulärmustern, Schriftenreihe Recht und Praxis, 4. Auflage, Bonn 1980.

Stoll, Heinrich: Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichtes Bd. II S. 49 - 81, Berlin und Leipzig 1929 (zitiert: Stoll RG FS II).

von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910, Bd. II 1. Halbband 1914, 2. Halbband 1918, unveränderter Nachdruck Berlin 1957.

Ulmer, Peter: Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungstadium der GmbH, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1981 (Heft 4) S. 593 - 621.

Weimar, Wilhelm: Zur Ausbildungsförderung: Rechtsfragen beim nicht rechtsfähigen Verein, MDR 1975, 288 - 290.

Westermann, Harry: BGB-Allgemeiner Teil Schwerpunkte, 4. Auflage, Heidelberg Karlsruhe 1978.

Wieacker, Franz: Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, S. 339 - 383, Göttingen 1973.

Wiedemann, Herbert: Das Rätsel Vorgesellschaft, Juristische Analysen 1970, S. 439 - 465.

Wiedemann, Herbert: Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM Sonderbeilage Nr. 4/1975 zu Nr. 34 S. 7 - 44.

Wolff, Hans J.: Organschaft und Juristische Person, 1. Bd.: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.

Würdinger, Hans: Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Auflage, Heidelberg Karlsruhe 1981.

Gesetzesmaterialien:

- 1) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. I Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1988.
- 2) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches im Auftrage des Reichs-Justizamtes, bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Spahn, Dr. Gebhard, Bd. I Berlin 1897.
- 3) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

§ 1 Einleitung

Es gibt verschiedene Umstände, die bei einem eingetragenen Verein i.S. des § 21 BGB sowie bei einem konzessionierten Verein i.S. des § 22 BGB mehr oder weniger gravierende Veränderungen in der Struktur des Vereins verursachen. Gegenstand der folgenden Untersuchung sollen die Voraussetzungen sein, die das Ende der Rechtsfähigkeit des rechtsfähigen Vereins betreffen, sowie die Rechtsfolgen, die sich im Zusammenhang mit dem Ende der Rechtsfähigkeit dieser juristischen Person ergeben. Der Schwerpunkt der Untersuchung soll dabei auf den freiwilligen Verzicht auf die Rechtsfähigkeit durch den Verein, d.h. seine Mitglieder, gelegt werden. Die von Rechtsprechung und Literatur zu diesem Sachverhalt angebotenen und erörterten Lösungsmöglichkeiten geben Anlaß, speziell die Voraussetzungen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit und die damit verbundenen Rechtsfolgen eingehender zu untersuchen.

Ein Verein kann aus verschiedenen Gründen seine Rechtsfähigkeit verlieren. Einige dieser Gründe sind in den §§ 41 - 43 BGB erfaßt und geregelt. Daneben sind auch noch weitere Gründe in Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Der Rechtsverlust erfolgt dabei teils freiwillig (z.B. beim Auflösungsbeschluß - § 41 BGB -), teils automatisch (z.B. beim Erreichen eines satzungsbestimmten Endtermins durch Zeitablauf - § 74 Abs. 2 BGB -) und teils unfreiwillig (z.B. beim Entzug der Rechtsfähigkeit wegen Gefährdung des Gemeinwohls - § 43 Abs. 1 BGB -).

Soll der rechtsfähige Verein nach dem Willen seiner Mitglieder "sterben", d.h. aufgelöst und voll beendet werden, so ist gem. § 47 BGB zwingend die Durchführung eines Liquidationsverfahrens vorgeschrieben. In diesem Fall sind die vermögensrechtlichen Konsequenzen der zwangs-

weise durchzuführenden Liquidation einleuchtend und geben keinen besonderen Anlaß, den Sinn und die Praktikabilität dieser Vorschriften in Frage zu stellen. Problematischer sind aber die Fälle, in denen der rechtsfähige Verein nach dem Verlust seiner Rechtsfähigkeit nach dem Willen seiner Mitglieder in der Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins weiter bestehen soll.

Die hiermit angeschnittene Problematik ist eine speziell vereinsrechtliche Problematik, die sich bei der Auflösung einer sonstigen juristischen Person nicht stellt. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Aktiengesellschaft kann nicht aufgrund eines entsprechenden Gesellschaftsbeschlusses ihre Rechtsfähigkeit aufgeben mit der Konsequenz, daß sie fortan als "nicht rechtsfähige Gesellschaft mit beschränkter Haftung" oder als "nicht rechtsfähige Aktiengesellschaft" weiter existieren könnte.

Demgegenüber erleichtert im Vereinsrecht die Existenz eines als Rechtsform gesetzlich anerkannten nicht rechtsfähigen Vereins - mit durch Rechtsprechung und Literatur gefestigten Inhalten - die Diskussion um die Konsequenzen des Rechtsfähigkeitsverlustes. Etwas ähnliches findet sich nur im Genossenschaftsrecht, da hier das Gesetz in Parallele zum nicht eingetragenen Verein auch die nicht eingetragene Genossenschaft kennt.

Die Existenz eines als Rechtsform anerkannten nicht rechtsfähigen Vereins erschwert gleichzeitig aber auch die Aufarbeitung der Problematik. Der Gesetzgeber hat aus bestimmten rechtspolitischen Motiven bei der Fassung des § 54 S. 1 BGB eine Diskriminierung des nicht rechtsfähigen Vereins bezweckt, die trotz aller richterlichen Rechts-

fortbildung dieser Vorschrift immer wieder Anlaß dazu gegeben hat, die Rechtsform des rechtsfähigen Vereins einerseits und des nicht rechtsfähigen Vereins andererseits streng voneinander zu unterscheiden.

§ 2 Hauptteil

1. Abschnitt: Verlust der Rechtsfähigkeit beim rechtsfähigen Verein

A Das Gesetz sieht in mehreren Bestimmungen den Verlust der Rechtsfähigkeit vor. Hinzu treten Gründe für den Verlust der Rechtsfähigkeit, welche in der Rechtsprechung und in der Literatur anerkannt sind.

Der wichtigste gesetzliche Fall ist der Auflösungsbeschluß der Mitgliederversammlung nach § 41 BGB.

In § 42 BGB hat der Gesetzgeber weiter den Verlust der Rechtsfähigkeit als Konsequenz der Eröffnung des Konkurses angeordnet.

Praktisch äußerst selten ist der Verlust der Rechtsfähigkeit infolge der Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 Abs. 1 BGB, wenn der Verein durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet. In diesem Fall "kann" dem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen werden. Die seltene Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis ergibt sich daraus, daß bei Vorliegen der in § 43 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen im Regelfall die weitergreifenden Verbotstatbestände des öffentlichen Vereinsrechts zur Anwendung

kommen ¹⁾. Allerdings hält § 30 Abs. 2 Nr. 2 VereinsG den § 43 Abs. 1 BGB ausdrücklich aufrecht. Zum Teil wird die Vorschrift des § 43 Abs. 1 BGB wegen der Unbestimmtheit des Gemeinwohlbegriffs sogar für verfassungswidrig gehalten ²⁾.

Die Entziehung der Rechtsfähigkeit kommt weiter in Betracht gem. § 43 Abs. 2 BGB, wenn ein Idealverein, dessen Zweck satzungsgemäß nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, einen solchen Zweck verfolgt.

Ferner kann auch ein konzessionierter Verein nach § 43 Abs. 4 BGB seine Rechtsfähigkeit durch Entziehung verlieren, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt. Da die Verleihung der Rechtsfähigkeit gem. § 22 BGB im Ermessen ^{2a)} der Behörde steht und eine Prüfung der staatlichen Verleihungsbehörde hinsichtlich der von dem Verein angestrebten Tätigkeiten einschließt, muß es sich der konzessionierte Verein gefallen lassen, bei einer Änderung seiner Aktivitäten mit dem Entzug der Rechtsfähigkeit "bestraft" zu werden. Reuter ³⁾ weist zutreffend darauf hin, daß diese Regelung auch deshalb notwendig sei, weil sonst ein Leerlauf der Bedürfniskontrolle durch die Verleihungsbehörde

1) Palandt-Heinrichs § 43 Anm. 2; ebenso MünchKomm-Reuter §§ 43, 44 Rdz. 1, jedoch mit abweichender Begründung: nach der Ansicht Reuters läßt die Überwindung des § 54 S. 1 BGB durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft § 43 Abs. 1 BGB nunmehr leerlaufen, weil der bloße Entzug der Rechtsfähigkeit nicht geeignet sei, die Gefahren für das Gemeinwohl abzuwehren. Mangels Geeignetheit des Mittels müsse die Entziehung der Rechtsfähigkeit am rechtsstaatlichen Übermaßverbot scheitern; die erforderliche Anpassung des § 43 Abs. 1 BGB im Wege einer Substitution des "Entzuges der Rechtsfähigkeit" durch "Auflösung" sei im Wege der Rechtsfortbildung deshalb nicht möglich, weil hierfür wegen der Existenz der Verbotstatbestände im Vereinsgesetz kein praktisches Bedürfnis bestehe.

2) Staudinger-Coing § 43 Rdz. 5.

2a) Staudinger-Coing § 22 Rdz. 3.

3) MünchKomm-Reuter §§ 43, 44 Rdz. 5.

drohe.

Bei einem eingetragenen Idealverein kommt der Verlust der Rechtsfähigkeit weiter dann in Frage, wenn die Mitgliederzahl unter drei sinkt. Das Amtsgericht hat in diesem Fall auf Antrag des Vorstandes und, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird, von Amts wegen nach Anhörung des Vorstandes dem Verein die Rechtsfähigkeit zu entziehen - § 73 BGB -.

Der Verlust der Rechtsfähigkeit wird ferner herbeigeführt durch das Erreichen eines in der Satzung des Vereins bestimmten Endtermins - § 74 Abs. 2 BGB -. Der Verlust der Rechtsfähigkeit tritt hierbei automatisch ein, es bedarf dann nicht noch eines ausdrücklichen Auflösungsbeschlusses i.S. des § 41 BGB ⁴⁾; die durch Eintritt des Endtermins erfolgte Auflösung des Vereins ist unter Hinweis auf die entsprechende Satzungsbestimmung durch den Vorstand zur Eintragung anzumelden.

Das Ende der Rechtsfähigkeit kommt darüber hinaus aufgrund der Verbotstatbestände des öffentlichen Vereinsrechtes in Betracht. Durch eine Verbotsverfügung der Verbotsbehörde gem. § 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 GG kann die Auflösung des Vereins durch Staatsakt erfolgen, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, daß die Zwecke des Vereins oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder daß sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten. Mit dem Verbot ist im Regelfall die Beschlagnahme und die Einziehung des Vereinsvermögens zu verbinden - § 3 Abs. 1 S. 2, §§ 10 ff VereinsG -. Mit der Unanfechtbarkeit von Verbot- und Einziehungsanordnung erwerben das Land

4) Staudinger-Coing § 41 Rdz. 6.

bzw. der Bund das Vereinsvermögen als besondere Vermögensmasse - § 11 Abs. 2 S. 1 VereinsG -. Der Verein erlischt sodann nach § 11 Abs. 2 S. 3 VereinsG. Nur ausnahmsweise kann gem. § 11 Abs. 4 VereinsG eine Liquidation des Vereinsvermögens stattfinden und von der Einziehung abgesehen werden, wenn keine Gefahr besteht, daß Vermögenswerte des Vereins von neuem zur Förderung der mißbilligten Handlungen oder Bestrebungen verwendet werden oder daß die Vermögensauseinandersetzung dazu mißbraucht wird, den organisatorischen Zusammenhalt des Vereins aufrechtzuerhalten.

Eine Auflösung durch Staatsakt kann weiterhin dann erfolgen, wenn durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt wird, daß der Verein die Grundrechte verwirkt hat - §§ 13 Nr. 1, 36 ff, 39 Abs. 2 BundesverfGG -. Das Vermögen des Vereins wird sodann eingezogen; eine Liquidation findet nicht statt, der Verein ist erloschen ⁵⁾.

Ist die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister erfolgt, obwohl sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so ist zunächst wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung eine juristische Person entstanden ⁶⁾. Die durch die Eintragung erlangte Rechtsfähigkeit kann in diesem Fall dadurch wieder verlorengehen, daß das Registergericht den fehlerhaft eingetragenen Verein von Amts wegen löscht gem. §§ 159, 142, 143 FGG.

5) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 14.

6) MünchKomm-Reuter § 41 Rdz. 16; Staudinger-Coing § 41 Rdz. 2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 10 i.V.m. §§ 21, 22 Rdz. 38.

Als gesetzlich nicht geregelter Fall kann auch die Sitzverlegung ins Ausland den Verlust der Rechtsfähigkeit zur Folge haben. Nach herrschender Meinung hat der Beschluß über die Sitzverlegung des Vereins ins Ausland die Wirkung, daß der Verein seine Existenzberechtigung und seine Rechtsfähigkeit für den deutschen Rechtsbereich einbüßt. Nach dieser Ansicht ist der Beschluß daher als Auflösungsbeschluß i.S. des § 41 BGB einzuordnen, verbunden mit einer Neugründung des Vereins im Ausland ⁷⁾. Die Sitzverlegung stellt danach einen zwingenden Grund zur Auflösung und Abwicklung des Vereins dar; weder eine andersartige Satzungsbestimmung noch ein entgegenstehender Wille der Vereinsmitglieder können dies verhindern ⁸⁾. Der herrschenden Meinung ist insofern zuzustimmen, als die Vereinsgläubiger dadurch nicht gezwungen werden, ihre Rechte und Ansprüche im Ausland durchsetzen zu müssen; sie können stattdessen ihre Rechte im Liquidationsverfahren geltend machen ⁹⁾. Die Gegenmeinung ¹⁰⁾ weist darauf hin, daß es nicht einleuchtend sei, weshalb man mit Rücksicht auf den Geltungsanspruch des ausländischen Rechts zur Auflösung des Vereins kommen müsse; wenn das ausländische Recht die juristische Person "übernimmt", sei ein solcher Schritt unverhältnismäßig und überflüssig ¹¹⁾. Auch sei die herrschende Meinung mit der Beurteilung des umgekehrten

7) BGHZ 25, 134 (144);

Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 5 und § 24 Rdz. 5; Staudinger-Coing § 24 Rdz. 9; Staudinger-Großfeld EGBGB IntGesR Rdz. 527 - 530, 348 - 362; MünchKomm-Ebenroth nach Art. 10 EGBGB Rdz. 181.

8) Staudinger-Großfeld a.a.O. Fu. 7) Rdz. 353.

9) Beitzke, Juristische Personen § 19 S. 185.

10) MünchKomm-Reuter § 24 Rdz. 5.

11) ähnlich auch Palandt-Heinrichs § 24 Anm. 1) c) und Palandt-Heldrich nach EGBGB 10 Anm. 2) b).

Falles der Sitzverlegung vom Ausland ins Inland ¹²⁾
nicht zu vereinbaren.

Schliesslich kann auch der Wegfall aller Mitglieder eines Vereins zum Ende der Rechtsfähigkeit führen. Denkbar ist dies z.B. dann, wenn der Verein alle seine Mitglieder durch Austritt, Tod, Verlust der zur Mitgliedschaft nach Gesetz oder Satzung erforderlichen rechtlichen Eigenschaften oder aus sonstigen Gründen verliert ¹³⁾. Nach der Rechtsprechung kann es zu einem Wegfall aller Mitglieder unter Umständen auch durch tatsächliche Preisgabe des Vereinszweckes seitens aller Mitglieder ohne formellen Austritt oder formelle Auflösung kommen ¹⁴⁾. Dagegen hört der Verein durch Verminderung seiner Mitgliedszahl auf nur noch ein Mitglied noch nicht zu bestehen auf, ebenso wie auch bei den Kapitalgesellschaften des Handelsrechtes eine Ein-Mann-Gesellschaft möglich ist ¹⁵⁾. Nach überwiegender Ansicht ¹⁶⁾ hat der Wegfall sämtlicher Mitglieder nicht nur die Wirkung eines Auflösungsbeschlusses, sondern führt darüberhinaus unmittelbar zum Erlöschen des Vereins. Das Erlöschen bedeutet das Ende

12) dazu BGHZ 33, 195 (204) = NJW 1961, 22.

13) Staudinger-Coing § 41 Rdz. 12.

14) BGHZ 19, 51 (57) = NJW 1956, 138; OLG München JFG 18, 183 (186).

15) BGH Der Betrieb 1965, 1665.

16) BGHZ a.a.O. Fu. 14); BGH WM 1965, 1132 (1133); BGH WM 1976, 686 (687); BAG NJW 1967, 1437; KG WM 1964, 497 (498);

RGRK Steffen § 41 Rdz. 3; Staudinger-Coing § 41 Rdz. 12 und § 45 Rdz. 19; Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor

§§ 41 - 53 Rdz. 19; Stöber Rdz. 288; Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 803 f.

des Vereins. Eine Liquidation nach vereinsrechtlichen Vorschriften findet nicht statt. Die vermögensrechtliche Abwicklung (Einziehung der Forderungen, Berichtigung der Schulden und Zuteilung des Vereinsvermögens an den Anfallberechtigten) erfolgt durch einen nach § 1913 BGB zu bestellenden Pfleger; dieser ist jedoch nicht gesetzlicher Vertreter des erloschenen Vereins, sondern nur gesetzlicher Vertreter der an der Vermögensabwicklung Beteiligten. Die Gegenmeinung ¹⁷⁾ geht demgegenüber davon aus, daß zumindest beim Vorhandensein von Vermögen der Verein formal als juristische Person aufrechterhalten werden müsse, um den Verein wenigstens förmlich liquidieren zu können. Mit einer regelrechten Liquidation sei ein ebenso befriedigendes und ein die Interessen der Gläubiger besser wahrendes Ergebnis zu erzielen wie mit einer Pflegschaft nach § 1913 BGB.

Letztlich kommt auch die Verschmelzung (Fusion) mit einem anderen Verein als Grund für den Verlust der Rechtsfähigkeit in Betracht. Eine echte Fusion mit einem anderen Verein mit den gleichen Rechtsfolgen wie sie das Aktiengesetz in §§ 339 ff für die Fusion von Aktiengesellschaften und das Genossenschaftsrecht in §§ 93 a ff GenG für die Fusion von Genossenschaften kennt, d.h. also ohne Verlust der Rechtsfähigkeit und unter Ausschluß einer Liquidation, ist für Vereine nicht möglich ¹⁸⁾. Als Hilfslösung bleibt dann nur die unechte Fusion. Der Verschmelzungsbeschluß ist dabei als Auflösungsbeschluß der Mitgliederversammlung des übertragenden Vereins gem. § 41 BGB einzustufen. Vermögensrechtlich wird das ange-

17) Beitzke, Mitgliedlose Vereine FS Wilburg S. 19 ff (21,24); Wiedemann WM 1975 Beilage 4 zu Nr. 34 Ausführungen bei Fu. 22 S. 9.

18) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 6.

strebte Ziel sodann durch Abschluß eines Verpflichtungsvertrages gem. § 311 BGB und Einzelübertragung aller Vermögensstücke auf den aufnehmenden Verein verwirklicht. Wegen der eintretenden Haftungsfolge des § 419 BGB für den aufnehmenden Verein braucht bei dem übertragenden Verein nur eine vereinfachte Liquidation stattzufinden. Der Zusammenschluß der Personenverbände der beiden Vereine kann nur in der Form erfolgen, daß alle Mitglieder des übertragenden Vereins durch den aufnehmenden Verein aufgenommen werden ¹⁹⁾.

B Aus der vorstehenden Aufzählung der Gründe für den Verlust der Rechtsfähigkeit geht hervor, daß eine Vielzahl der genannten Umstände auf Ursachen beruhen, die letztlich gegen den Willen der Vereinsmitglieder eintreten. In diesen Fällen ist der Verlust der Rechtsfähigkeit also unfreiwillig.

Der "echte" Auflösungsbeschluß i.S. des § 41 BGB ist der einzige Umstand, der als Fall der freiwilligen (Voll-) Beendigung des rechtsfähigen Vereins angesehen werden kann. Bei der Sitzverlegung ins Ausland und der (unechten) Fusion mit einem anderen Verein wird ein Auflösungsbeschluß konstruiert, um das Endziel der Vereinsmitglieder rechtstechnisch zu ermöglichen. Wird der Verein gem. § 74 Abs. 2 BGB durch den Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit aufgelöst, so beruht dies auf einem in der Satzung vorweggenommenen

19) OLG Hamburg MDR 1972, 236 f; Hamburg OLG Bd. 22 (1911) S. 113 (114);
Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 788 - 791;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx a.a.O. Fu. 18); Erman-H.Westermann §§ 40, 41 Rdz. 1; Palandt-Heinrichs § 41 Anm. 3); Staudinger-Coing § 41 Rdz. 9.

Auflösungsbeschluß und stellt keine Besonderheit gegenüber dem freiwilligen Auflösungsbeschluß des § 41 BGB dar.

Auch der Gesetzgeber führt also letztlich nur den Auflösungsbeschluß ausdrücklich als Fall der freiwilligen Beendigung des rechtsfähigen Vereins an. Da der echte Auflösungsbeschluß immer die Vollbeendigung des Vereins in vermögens- und personenrechtlicher Hinsicht zum Ziel hat und die übrigen Gründe für den Verlust der Rechtsfähigkeit nicht auf freiwilligen Maßnahmen der Vereinsmitglieder beruhen, hat der Gesetzgeber es für vordringlich gehalten, die vermögensrechtlichen Konsequenzen des Rechtsfähigkeitsverlustes zu regeln.

C I. Der weitere Fortbestand des Vereins als Personenverband nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit wird vom Gesetz nicht weiter behandelt. Dies ist konsequent für die Fälle, in denen der Verlust der Rechtsfähigkeit zu einer Vollbeendigung des Vereins führt, da dann der Personenverband zerfällt. Zu diesen Fällen zählen der Auflösungsbeschluß, die Eröffnung des Konkurses (zumindest im Regelfall), das Erreichen eines Endtermins durch Zeitablauf, die Auflösung durch Verbotsverfügung nach Vereinsgesetz, die Auflösung durch das Bundesverfassungsgericht und der Wegfall aller Mitglieder.

In allen anderen Fällen muß der Verlust der Rechtsfähigkeit nicht zwingend die Vollbeendigung des Vereins zur Folge haben, so daß der Fortbestand des Personenverbandes durch den Gesetzgeber hätte geregelt werden können. Dies ist jedoch nicht geschehen. Zu diesen Fällen zählen die Entziehungstatbestände des § 43 BGB, die Entziehung der Rechtsfähigkeit beim Sinken der Mitgliederzahl unter drei, die Löschung eines fehlerhaft im Vereinsregister einge-

tragenen Vereins, die Sitzverlegung ins Ausland und die unechte Fusion mit einem anderen Verein.

II. Das Gesetz kennt stattdessen immer nur Vorschriften über die vermögensrechtlichen Konsequenzen des Verlustes der Rechtsfähigkeit:

In den Fällen der §§ 41 - 43 BGB fällt das Vermögen des Vereins an die in der Satzung bestimmten Personen - § 45 Abs. 1 BGB -, hilfsweise an die Mitglieder - § 45 Abs. 3 1. HS BGB - bzw. an den Fiskus - § 45 Abs. 3 2. HS BGB -. Nach § 47 BGB muß eine Liquidation stattfinden, soweit das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus fällt - § 46 BGB -. Im Rahmen des § 42 BGB - Verlust der Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Konkurses - besteht dabei die Besonderheit, daß die vereinsrechtlichen Liquidationsvorschriften der §§ 48 - 53 BGB zunächst verdrängt werden durch die Vorschriften der Konkursordnung. Fällt dem Verein nach Konkurseröffnung oder nach Beendigung des Konkurses durch Schlußverteilung oder Zwangsvergleich noch konkursfreies Vermögen zu, so lebt dadurch die Rechtsfähigkeit nicht wieder auf; hinsichtlich dieses konkursfreien Vermögens muß dann eine Liquidation gem. § 47 BGB stattfinden ²⁰⁾.

Nach dieser gesetzlichen Regelung sind hinsichtlich des Schicksals des Vereinsvermögens nur zwei Möglichkeiten denkbar: Die Universalsukzession beim Anfall an den Fiskus - § 46 BGB - oder die Singularsukzession in allen anderen Fällen. Ausnahmen hiervon bilden nur die Tatbestände des Wegfalls aller Mitglieder, der zumindest nach überwiegender Ansicht unmittelbar zum

20) OLG Hamburg HRR 1933 Nr. 1634; RG JW 1935, 3636 ff.
Erman-H. Westermann § 42 Rdz. 1;
Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 13.

Erlöschen des Vereins ohne Liquidation führt ²¹⁾
sowie die öffentlich rechtlichen Tatbestände der
Vereinsauflösung durch die Verwaltungsbehörde oder
durch das Bundesverfassungsgericht ²²⁾.

2. Abschnitt: Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit

Unberücksichtigt bei der vorstehenden im 1. Abschnitt
erfolgten Aufzählung der verschiedenen Gründe für
den Verlust der Rechtsfähigkeit ist der Fall geblieben,
der den besonderen Gegenstand dieser Untersuchung bilden
soll, daß nämlich die Vereinsmitglieder durch Beschluß
freiwillig auf die Rechtsfähigkeit des Vereins ver-
zichten mit dem Ziel, fortan als nicht rechtsfähiger
Verein zu bestehen.

A Praktische Bedeutung

Man wird hierbei nicht einwenden können, daß diese Moda-
lität lediglich theoretischer Natur sei und die Praxis
des Vereinsrechtes nicht tangiere.

I. Ein praktisches Bedürfnis dafür kann etwa ent-
stehen, wenn zwei wirtschaftliche Vereine i.S. des
§ 22 BGB miteinander fusionieren wollen.

Das Umwandlungsrecht enthält im Rahmen des Vereins-
rechtes nur für den Sonderfall der Verschmelzung von
genossenschaftlichen Prüfungsverbänden in der Rechts-
form eines eingetragenen bzw. eines konzessionierten
Vereins in §§ 63 e, 63 i GenG eine Regelung. Von diesem

21) vgl. vorstehend S. 8 f.

22) vgl. vorstehend S. 5 f.

Ausnahmefall abgesehen, hält das Umwandlungsrecht für Vereine jedoch keine Vorschriften bereit. Da das Umwandlungsrecht nach allgemeiner Ansicht wegen der abschliessenden Aufzählung denkbarer Umwandlungstatbestände nicht analogiefähig ist ²³⁾, müssen die fusionswilligen Wirtschaftsvereine nach anderen Wegen suchen, um sich vereinigen zu können.

Ein denkbarer Weg wurde bereits oben S. 9 f bei der Darstellung der unechten Fusion beschrieben. Einer der beiden Vereine löst sich auf und überträgt sein Vermögen im Wege der vereinfachten Liquidation auf den anderen Verein, wobei anschliessend auch die Mitglieder des aufgelösten Vereins dem anderen Verein beitreten. Für eingetragene Idealvereine ist dieser Weg mehrfach erörtert worden (z.B. für Rotkreuz-Vereine) und auch gangbar.

Für wirtschaftliche Vereine hat die notwendige Einzelübertragung aller Vermögensstücke aber wegen der damit verbundenen Auflösung stiller Reserven steuerliche Nachteile zur Folge, so daß für sie die unechte Fusion keine akzeptable Lösung darstellt. Hier wäre jedoch ein anderer Weg denkbar: Beide Vereine verzichten auf ihre Rechtsfähigkeit, bleiben aber als nicht rechtsfähige Vereine weiter bestehen. Wegen des numerus clausus der handelsrechtlichen Vereinigungsformen ²⁵⁾ müssen diese nicht rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereine einer der handelsrechtlichen Gesellschaftsformen zugerechnet werden. In Betracht kommt dabei

23) OLG Hamburg MDR 1972, 236.

24) BGHZ 22, 240 (244);

Baumbach/Duden HGB Einf. Buch II Anm. 1) E.

die Grundform der Personenhandelsgesellschaft, die offene Handelsgesellschaft, oder - je nach Struktur - auch die Form der nicht eingetragenen Genossenschaft. Als offene Handelsgesellschaften oder als nicht eingetragene Genossenschaften können die nicht rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereine dann ihre Eintragung in das Handelsregister bzw. in das Genossenschaftsregister betreiben. Für die offenen Handelsgesellschaften und die eingetragenen Genossenschaften sieht das Umwandlungsrecht aber Vereinigungsmöglichkeiten 25) vor.

Der Weg zu ihnen ist jedoch nur eröffnet, wenn ein Verzicht des rechtsfähigen Vereins auf seine Rechtsfähigkeit dergestalt möglich ist, daß er als (identisches) nicht rechtsfähiges Gebilde weiter bestehen bleibt und nicht liquidiert werden muß.

II. Auch bei einem Idealverein i.S. des § 21 BGB sind Motivationen denkbar, die einen Verzicht auf die Rechtsfähigkeit auslösen könnten. Ebenso wie bei der Gründung eines Vereins verschiedene Argumente für und gegen den Wunsch der Gründungsmitglieder nach Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister sprechen können, ist es denkbar, daß bei einer später anders strukturierten Mitgliederversammlung die Mehrheit die Rechtsfähigkeit des eingetragenen Vereins ablehnt und die Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins für passender hält.

Bei einem eingetragenen Verein ist jede Änderung der Zusammensetzung des Vorstandes - § 67 BGB - sowie jede Satzungsänderung - § 71 BGB - von dem Vorstand

25) Vgl. für die Verschmelzung von Personengesellschaften Barz FS Ballerstedt S. 143 - 155; für Genossenschaften §§ 93 a - 93 s GenG.

zur Eintragung in das Vereinsregister anzumelden. Jede Anmeldung bedarf dabei gem. § 77 BGB öffentlicher Beglaubigung. In diesem Zusammenhang könnte also auch der Wunsch der Vereinsmitglieder und der Vorstandsmitglieder, bei jeder Vorstandsänderung und Satzungsänderung lästige Gänge zum Notar zu vermeiden und Notargebühren und Gerichtskosten zu sparen, eine Rolle spielen.

B Zulässigkeit des Rechtsfähigkeitsverzichtes

I. Die Zulässigkeit des Rechtsfähigkeitsverzichtes ist im Gesetz nicht geregelt.

II. Nach nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur ²⁶⁾ ist der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit durch den eingetragenen Verein jedoch zulässig. Begründet wird dies allgemein damit, daß ein Verein, der sich nach § 41 BGB selbst auflösen dürfe, erst recht dazu berechtigt sein müsse, als Minus gegenüber dem Auflösungsbeschluß "nur" auf die Rechtsfähigkeit zu verzichten.

III. Lediglich nach einer Mindermeinung, die im aktuellen Schrifttum auch keine Anhänger mehr gefunden hat ²⁷⁾, soll der Verzicht nicht statthaft sein, da auch der Mensch als natürliche Person nicht auf seine Persönlichkeit verzichten könne.

26) BayObLGZ 1959, 152 (159) und 287 (294); Palandt-Heinrichs § 42 Anm. 2); Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 7; MünchKomm-Reuter § 42 Rdz. 2; Staudinger-Coing § 41 Rdz. 18; Keidel-Schmatz-Stöber Rdz. 1120; Oertmann AT § 42 Anm. 2) d); Planck § 41 Anm. 2 S. 103 oben; Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 825; Sauter/Schweyer S. 189; Stöber Vereinsrecht Rdz. 291; von Thur S. 562 Fu. 20; RGRK-Steffen § 42 Rdz. 2; Jauernig §§ 41 - 44 Anm. 3 a) bb).

27) Gierke, Otto: Privatrecht Bd. I S. 561 Fu. 20.

IV. Dieser von Gierke angeführte Vergleich ist nicht überzeugend. Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen automatisch mit der Vollendung der Geburt und endet als Ganzes nur durch Tod ²⁸⁾. Ausschlaggebend für die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person - mag sie lebensfähig sein oder nicht ²⁹⁾ - ist allein ihre Existenz. Eine Parallele hierzu läßt sich bei juristischen Personen nur bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts feststellen, die ebenfalls "kraft Daseins" rechtsfähig sind ³⁰⁾. Bei allen anderen juristischen Personen des Privatrechts ist die Sachlage jedoch anders. Gerade im Fall des Vereins können die Gründungsmitglieder beliebig ihre Entscheidung dahin treffen, ob sie die Eintragung des Vereins beim Vereinsregister beantragen wollen oder nicht. Kraft "Daseins" ist der Verein also keineswegs rechtsfähig. Sowohl der rechtsfähige Verein selbst als auch andere juristische Personen des Privatrechts können nach Erlangung der Rechtsfähigkeit diese jederzeit durch einen entsprechenden Auflösungsbeschluß ihrer Verbandsmitglieder beenden - § 41 BGB, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 78 Abs. 1 GenG -. Der "Tod" der juristischen Person tritt dann keineswegs automatisch aufgrund eines von den Mitgliedern nicht zu beeinflussenden Ereignisses ein, sondern steht zur Disposition.

Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person und die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sind daher tatbestandlich nicht gleich zu setzen. Eine analoge Anwendung des Rechtssatzes, daß eine natürliche Person nicht auf ihre Rechtsfähigkeit verzichten kann, auf eine juristische

28) Palandt-Heinrichs § 1 Anm. 1).

29) Staudinger-Coing-Habermann § 1 Rdz. 8; Palandt-Heinrichs a.a.O. Fu. 28).

30) Staudinger-Coing 11. Aufl. § 41 Rdz. 18.

Person scheidet somit aus.

Der herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, die den Rechtsfähigkeitsverzicht für unbedenklich zulässig hält, ist daher beizupflichten.

C Rechtsnatur des Rechtsfähigkeitsverzichtes

Hinsichtlich der Einordnung der Rechtsnatur des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit lassen sich innerhalb der herrschenden Meinung zwei verschiedene Ansichten feststellen:

I. Stöber ³¹⁾ und dementsprechend auch Keidel-Schmatz-Stöber ³²⁾ sehen den Verzicht als Satzungsänderungsbeschluß gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BGB an. Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß bei Anwendung dieser Vorschrift für einen wirksamen Rechtsfähigkeitsverzicht eine Mehrheit von 3/4 der erschienenen Mitglieder für die Beschlußfassung erforderlich ist. Da § 33 BGB gem. § 40 BGB zu den nachgiebigen Vorschriften gehört, gilt das geforderte Mehrheitserfordernis nur in dem Fall, daß die Satzung keine abweichende Regelung enthält - etwa das Erfordernis der Einstimmigkeit oder die Beschränkung auf die einfache Mehrheit -.

II. Wie bereits vorstehend ³³⁾ im Rahmen der Zulässigkeit des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit erwähnt, wird der Verzicht von der ganz überwiegenden Ansicht demgegenüber als Unterfall des Auflösungsbeschlusses gem. § 41 BGB gewertet. Nach § 41 S. 2 BGB bedarf dann der

31) Stöber Vereinsrecht Rdz. 291 (S. 216); jetzt auch Sauter/Schweye

32) Keidel-Schmatz-Stöber Registerrecht Rdz. 1120.

Rdz. 363

33) vgl. vorstehend S. 16.

Verzichtsbeschuß ebenfalls einer Mehrheit von 3/4 der erschienenen Mitglieder, "wenn nicht die Satzung ein anderes bestimmt". Bei der Einordnung des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit als Minus gegenüber der Auflösung muß man sich in diesem Zusammenhang vor Augen halten, daß auch der Beschluß über die Vereinsauflösung insofern eine Satzungsänderung enthält, als die Auflösung den Vereinszweck einschränkt, und zwar auf den Abwicklungszweck gem. § 49 Abs. 1 BGB und dementsprechend auch die Rechtsfähigkeit gem. § 49 Abs. 2 BGB - nur zum Zwecke der Abwicklung - begrenzt.

III. Die Gemeinsamkeit zwischen den beiden dargestellten Ansichten besteht darin, daß sie beide den Rechtscharakter der Maßnahme als Satzungsänderung bejahen. Insofern ergibt sich also materiell-rechtlich kein Unterschied. Die herrschende Meinung will nur darüberhinausgehend den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als Unterfall des - satzungsändernden - Auflösungsbeschlusses behandeln.

Dennoch können die verschiedenen Meinungen durchaus Auswirkungen haben im Hinblick auf die Voraussetzungen, unter denen ein wirksamer Beschluß über den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit zustande kommen kann. Enthält die Satzung des Vereins keine besonderen Bestimmungen über die Mehrheitserfordernisse bei Satzungsänderungsbeschlüssen und Auflösungsbeschlüssen, so kann der Verzicht zwar - nach beiden Ansichten - nur mit einer 3/4-Mehrheit der erschienenen Mitglieder wirksam beschlossen werden. Schreibt die Satzung z.B. jedoch für den Auflösungsbeschluß Einstimmigkeit vor und beläßt es für Satzungsänderungen bei der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit, so könnte nach Ansicht der herrschenden Meinung auch der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nur einstimmig beschlossen werden, während nach der Ansicht

Stöbers eine 3/4 Mehrheit ausreichen würde.

Sieht man den Auflösungsbeschluß mit der herrschenden Meinung nicht als reine Satzungsänderung an, so bedarf die Auflösung und erst recht der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit bei wirtschaftlichen Vereinen keiner staatlichen Genehmigung nach § 33 Abs. 2 BGB. Die Gegenansicht müßte in diesem Fall konsequenterweise das Genehmigungserfordernis bejahen.

IV. Auf den ersten Blick erscheint die herrschende Meinung zur Rechtsnatur des Verzichts im Ansatz einleuchtend. Sie bedarf jedoch einer Kritik; durch die schematische Einordnung des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit als Unterfall des Auflösungsbeschlusses werden die Tragweite und die Natur dieses Verzichtes nicht erfaßt.

1) Die Gemeinsamkeit zwischen dem Auflösungsbeschluß und dem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit besteht darin, daß beide Beschlüsse den Verlust der Rechtsfähigkeit zur Folge haben.

a) Die Rechtsfähigkeit "erhebt" den Verein zur juristischen Person, so daß beim Fehlen der Rechtsfähigkeit dieser Status verloren geht. Um beurteilen zu können, ob dieser Statusverlust von solch immanenter Tragweite ist, daß er eine Gleichbehandlung von Auflösungsbeschluß und Rechtsfähigkeitsverzicht erforderlich macht, ist zunächst die Frage zu stellen, wie das Wesen der juristischen Person einzuordnen ist.

b) Die Ansichten zum Wesen der juristischen Person sind vielfältig und vielschichtig³⁴⁾. Hervorzuheben sind

34) vgl. z.B. Übersichten bei H. Westermann, Schwerpunkte BGB - AT - S. 24/25; H.J. Wolff: Juristische Person u. Staatsperson 1933; Otto von Gierke: Das Wesen der menschlichen Verbände 1902; Enneccerus-Nipperdey 15. Aufl. AT S. 608 Fu. 2 - S. 610.

in diesem Zusammenhang einmal die römisch-rechtliche Fiktionstheorie ³⁵⁾ sowie die Theorie der germanistischen Rechtsschule von der realen Verbandspersönlichkeit ³⁶⁾ und drittens die Zwecktheorien.

Nach den Fiktionstheorien ist die juristische Person eine nur vorgestellte Person, ein gedachter Mensch, der das Bedürfnis der juristischen Technik zur Anwendung des Begriffes des subjektiven Rechts auch dort, wo es sich nicht um Rechte eines Individuums handelt, befriedigen soll. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person wird dabei lediglich ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte ³⁷⁾.

Nach der hierzu im Gegensatz stehenden Theorie der realen Verbandsperson hingegen ist die juristische Person ein selbständiger Organismus mit einem wirklichen Gesamtwillen, der mit dem Menschen als natürlichem Individuum vergleichbar ist.

Als dritte Strömung seien hier noch global die Autoren genannt, die zur Erfassung des Wesens der juristischen Person darauf abstellen, welchen Zweck die Schöpfung dieses Phänomens erfüllt bzw. umgekehrt von dem erfüllten Zweck auf das Wesen der juristischen Person schliessen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Zweckbindung des Vermögens ³⁸⁾. H.J. Wolff sieht die juristische Person

35) Insbesondere Savigny: System des heutigen römischen Rechts 1840 Bd. II § 85 S. 236, 239.

36) Insbesondere Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. I § 59.

37) Savigny a.a.O. Fu. 35) S. 236; Enneccerus-Nipperdey a.a.O. Fu. 34) S. 608.

38) H.J. Wolff a.a.O. Fu. 34) S. 88 ff; Brinz: Lehrbuch der Pandekten Bd. I § 60 ff; Wieacker in Festschrift für E.R. Huber S. 339 (347 ff); Wiedemann WM Sonderbeilage Nr. 4/1975 zu Nr. 34 S. 8 ff.

als Zuordnungseinheit an, die als Zweckerschöpfung des Gesetzgebers aufgefaßt werden muß. Ihre Rechtsfähigkeit beruht auf einem Willkürakt des Gesetzgebers, der auf Zweckmäßigkeitserwägungen zurückgeht ³⁹⁾. Wieacker ⁴⁰⁾ bezeichnet die juristische Person als eine Form der Zuordnung von Gegenständen, Vermögen und Vermögenslagen an Personenmehrheiten.

Es kann nicht Anliegen dieser Abhandlung sein, den in dieser Frage fast unübersehbaren Theorienstreit weiter zu vertiefen und zu erörtern, zumal die Diskussion vor allem der Fiktionstheorie und der Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit dem vergangenen Jahrhundert zuzurechnen ist und in jüngerer Zeit keine wesentlichen Impulse mehr erfahren hat; das geschieht sicherlich auch aus der Erkenntnis heraus, daß der Nutzen der verschiedenen Theorien für die Beantwortung konkreter Einzelfragen in der Rechtspraxis gering ist ⁴¹⁾. Es sei nur erwähnt, daß die zuletzt genannten Zwecktheorien wohl am überzeugendsten das "Geheimnis" der juristischen Person zu erfassen suchen, in dem sie schlicht den Schwerpunkt auf die Wirkungen legen, die durch die Schaffung dieses Rechtsinstitutes hervorgerufen werden. Die Fiktionstheorien enthalten zwar eine gute gedankliche Hilfe zum besseren Verständnis der juristischen Person; darin erschöpfen sie sich aber auch. Die Theorien der realen Verbandsperson sind demgegenüber stark historisch bedingt; der Kampf um die Anerkennung der Vereinigungsfreiheit hat eine große Rolle im Rahmen der rechtspolitischen Zielsetzung dieser Theorien gespielt.

39) H.J. Wolff a.a.O. Fu. 34) S. 207 ff.

40) Wieacker a.a.O. Fu. 38).

41) so auch Wiedemann a.a.O. Fu. 38 S. 7.

c) Aber auch die Zwecktheorien vermögen keine schlüssige Antwort auf die eingangs gestellte Frage nach der Bedeutung des Status der juristischen Person im Hinblick auf eine etwa daraus resultierende Gleichschaltung von Auflösungsbeschluß und Rechtsfähigkeitsverzicht zu geben. Keine der im Grundgedanken skizzierten Ansichten zum Wesen der juristischen Person ermöglichen Rückschlüsse auf eine Tatbestandsähnlichkeit zwischen Auflösungsbeschluß und Verzicht auf die Rechtsfähigkeit.

Die Frage nach dem Wesen der juristischen Person braucht aber aus folgendem Grunde nicht weiter vertieft zu werden: Unbestreitbar ist die juristische Person ein von den Personen ihrer Mitglieder unabhängiges Rechtssubjekt und stellt insofern eine rechtliche Verselbständigung dar. Als Ausfluß dieser Verselbständigung ist die Struktur der juristischen Person entscheidend durch eine körperschaftliche Verfassung bestimmt, die aber nicht von der Rechtsfähigkeit abhängig ist ⁴²⁾. Auch der nicht rechtsfähige Verein hat eine körperschaftliche Verfassung und ist von den Personen seiner Mitglieder unabhängig. Bei der Vielzahl der Gemeinsamkeiten zwischen dem rechtsfähigen Verein und dem nicht rechtsfähigen Verein ⁴³⁾ ist der Verlust der Rechtsfähigkeit infolge eines freiwilligen Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit kein einschneidender Eingriff in die Struktur des rechtsfähigen Vereins. Dem Phänomen der Rechtsfähigkeit kann daher nicht die Wertigkeit beigemessen werden, daß der Verzicht auf die Rechtspersönlichkeit zu vergleichen wäre mit der endgültigen Auflösung des Verbandes ⁴⁴⁾.

42) Erman-H.Westermann vor § 21 Rdz. 2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 21 ff Rdz. 12.

43) vgl. hierzu im einzelnen S. 46 - S. 47 unter D III 1) a) cc).

44) so aber von ThurI § 39 Ziff. 4) S. 561: Die Rechtsfähigkeit ist nicht eine Eigenschaft, sondern Wesen der Person im rechtlichen Sinne.

2) Der Verlust der Rechtsfähigkeit stellt das einzige gemeinsame Element zwischen Auflösungsbeschluß und Rechtsfähigkeitsverzicht dar. Demgegenüber sind die Unterschiede zwischen diesen beiden Sachverhalten wesentlich gravierender.

Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit unterscheidet sich in der Sache grundlegend von der Auflösung. Im letzteren Fall wollen die Vereinsmitglieder sowohl den Personenverband als auch den Vermögensverband endgültig zerschlagen. Im anderen Fall hingegen wollen die Mitglieder den Vereinszweck weiter verfolgen, und zwar grundsätzlich auch in einem körperschaftlich strukturierten Verband. Lediglich die Rechtspersönlichkeit dieses Verbandes wird für entbehrlich gehalten. Wie vorstehend unter 1) dargelegt, kommt diesem Umstand jedoch keine entscheidende Bedeutung zu. Auch wenn die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person und der juristischen Person nicht gleichzusetzen sind, sei zur Verdeutlichung in diesem Zusammenhang doch folgender bildhafter Vergleich erlaubt: Kann der Entschluß, in einem anderen Gewand weiterleben zu wollen, wirklich nur als Unterfall, als Minus gegenüber dem Entschluß, Selbstmord zu begehen, klassifiziert werden? Dies muß verneint werden.

3) Bei der Prüfung der Rechtsnatur des Rechtsfähigkeitsverzichtes muß stattdessen folgende Überlegung in den Vordergrund gestellt werden:

Wesentliche Elemente der Vereinsautonomie sind das Bestimmungsrecht des Vereins über seine Ziele und Aufgaben, die Wahl seiner Organisation, die Gestaltung seines rechtlichen Daseins nach eigenem Willen und auch seine Freiheit, seine Auflösung durch eigene Beschlüsse herbeizuführen ⁴⁵⁾. Unbestreitbar ist es

45) so z.B. Schwabe Kapitel III I. S. 25.

typischerweise ein Ausfluß der Vereinsautonomie, wenn der in Gründung befindliche Verein darüber entscheidet, ob er die Rechtsfähigkeit durch Eintragung im Vereinsregister erlangen will oder nicht. Keine staatliche Stelle kann in diesem Stadium Einfluß auf die Struktur des Verbandes nehmen. Auch im umgekehrten Fall ist daher der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit ein typischer Akt der Vereinsautonomie, der die Organisation und die Gestaltung des rechtlichen Daseins des Verbandes betrifft. Daraus ergibt sich zwanglos und interessengerecht die Folge, daß der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit ein Akt der Vereinsautonomie eigener Art ist, der unmittelbar in keiner Beziehung zu dem Auflösungsbeschluß des § 41 BGB steht. Die Tatsache, daß sich die herrschende Meinung bei der Einordnung der Rechtsnatur des Rechtsfähigkeitsverzichtes des § 41 BGB bedient, ist insofern bezeichnend, als § 41 BGB im Rahmen der übrigen, im Gesetz ausdrücklich genannten Endigungsgründe für die Rechtsfähigkeit, die einzige Bestimmung darstellt, die ein Zugeständnis des Gesetzgebers an die Autonomie der Vereinigung enthält. Interessanterweise war das Auflösungsrecht des Vereins im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch 46) gar nicht enthalten. Die terminologische Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit ist erst durch die Reichstagskommission eingeführt worden. Allerdings ist diese Änderung als nur "redaktionell" bezeichnet worden⁴⁷⁾...

Konsequenterweise ist dann auch der Verzicht als Satzungsänderungsbeschluß anzusehen, der mit der dafür bestimmten Mehrheit zu fassen ist und nicht mit der für

46) 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 Amtliche Ausgabe S. 8 - 13.

47) Protokolle II S. 538.

die Auflösung vorgesehenen Mehrheit.

4) Zur Vervollständigung soll in diesem Zusammenhang auch der Frage nachgegangen werden, ob die vorstehende Einordnung des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit als Akt der Vereinsautonomie eigener Art ebenfalls im Rahmen des § 33 Abs. 2 BGB die Konsequenz haben muß, daß ein wirtschaftlicher Verein für den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit staatlicher Genehmigung bedarf.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde der Rechtsfähigkeitsverzicht des konzessionierten Vereins als reiner Satzungsänderungsbeschluß i.S. des § 33 BGB der staatlichen Genehmigung bedürfen. Auch die Satzung des Wirtschaftsvereins könnte hier nicht etwa das Genehmigungserfordernis abschaffen; zwar zählt § 33 BGB gem. § 40 BGB zu den Vorschriften, die nur insoweit Anwendung finden, als die Satzung nichts anderes bestimmt. Dies kann sich sinngemäß nur auf die Mehrheitserfordernisse des § 33 Abs. 1 BGB beziehen, da bei einer im Gegensatz zu § 33 Abs. 2 BGB stehenden Satzungsbestimmung eines wirtschaftlichen Vereins die Verleihung der Rechtsfähigkeit nicht erfolgen würde.

Gegen das Erfordernis staatlicher Genehmigung gem. § 33 Abs. 2 BGB für den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit bestehen jedoch starke Bedenken:

Der wirtschaftliche Verein erlangt seine Rechtsfähigkeit gem. § 22 BGB durch staatliche Verleihung, welche in das Ermessen der Verleihungsbehörde gestellt ist. Die Verleihungsbehörde hat dabei den Grundsatz der Subsidiarität ⁴⁸⁾ zu beachten. Nach diesem Grundsatz

48) BverwG NJW 1979, 2261.

ist für eine Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB kein Raum, soweit die Vereinigung nach den Normativbestimmungen des Aktiengesetzes, des GmbH-Gesetzes, des Genossenschaftsgesetzes oder anderer Sondergesetze die Rechtsfähigkeit erlangen kann. Verständlicherweise will der Staat auch nach der Verleihung noch Kontrollmöglichkeiten über die Organisation, die Aktivitäten und insbesondere die Zielsetzung des Vereins behalten. Beim eingetragenen Idealverein bedarf jede Satzungsänderung zu ihrer Wirksamkeit gem. § 71 BGB der Eintragung in das Vereinsregister. Das Registergericht wird damit in die Lage versetzt, durch Ablehnung unzulässiger Satzungsänderungen ⁴⁹⁾ eine begrenzte Kontrollfunktion auszuüben. Dieses Korrektiv fehlt bei den konzessionierten Vereinen, so daß der Gesetzgeber es für sinnvoll gehalten hat, für diese Vereine bei Satzungsänderungen die staatliche Genehmigung der Verleihungsbehörde vorzuschreiben. Die Prüfungslegitimation der Verleihungsbehörde hat auch ihre Berechtigung in den Fällen, in denen durch Satzungsänderungen die Struktur des Vereins und insbesondere der Zweck des Vereins berührt werden. Die Prüfungslegitimation entfällt aber, wenn die Vereinsmitglieder in autonomer Entscheidung den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit beschliessen.

Im umgekehrten Fall der Entstehung des wirtschaftlichen Vereins muß eine Meinungsbildung der Mitglieder der in Gründung befindlichen Vereinigung dahingehend erfolgen, ob man sich zur Verwirklichung des angestrebten Zweckes einer der vorhandenen rechtsfähigen handelsrechtlichen Vereinigungsformen wie Aktiengesellschaft,

49) Unzulässige Satzungsänderungen sind insbesondere solche, die den Verein zum wirtschaftlichen Verein machen, vgl. Stgt OLGZ 71, 465 - 467.

GmbH oder Genossenschaft bedienen kann oder ob dies für diese Vereinigung wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles unzumutbar ist, so daß der Antrag auf Verleihung der Rechtsfähigkeit gem. § 22 BGB gestellt wird. In dieser Entstehungsphase ist der Meinungsbildungsprozeß von jeder staatlichen Einflußnahme und Mitwirkungshandlung frei. Dann muß aber auch im umgekehrten Fall die Freiheit der Vereinsmitglieder gegeben sein, in eigener Entscheidung die Aufgabe der Rechtsfähigkeit zu beschliessen, ohne daß dies von der Genehmigung eines Außenstehenden abhängig sein darf.

Aus den vorgenannten Gründen ist daher § 33 Abs. 2 BGB für den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit des konzessionierten Vereins nicht anwendbar.

D Personenrechtliche und vermögensrechtliche Rechtsfolgen des Rechtsfähigkeitsverzichtes

Die personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Konsequenzen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit sind im Gesetz nicht ausreichend geregelt. Das weitere Schicksal des Vereins nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit wird unter personenrechtlichen Aspekten im Gesetz nicht weiter behandelt. Erst recht kennt das Gesetz keine diesbezüglichen Vorschriften für den Fall des Rechtsfähigkeitsverzichtes, der im BGB gar nicht geregelt ist. Die vermögensrechtlichen Konsequenzen hat der Gesetzgeber zumindest für die Fälle der Verlustgründe i.S. der §§ 41 - 43 BGB in den §§ 45 - 53 BGB geregelt, so daß sich daran denken ließe, diese vermögensrechtlichen Rechtsfolgen in entsprechender Anwendung auch auf den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit zu übertragen.

I. Lösungsmöglichkeiten

Für die personen- und vermögensrechtlichen Rechtsfolgen des Rechtsfähigkeitsverzichtes sind folgende Lösungsmöglichkeiten denkbar:

- 1) Geht man von der Prämisse aus, daß der rechtsfähige Verein einerseits und der nicht rechtsfähige Verein andererseits rechtlich streng voneinander zu unterscheiden sind und daher als zwei verschiedene Rechtssubjekte zu behandeln sind, so müßte in personenrechtlicher Hinsicht der Personenverband des rechtsfähigen Vereins nach dem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit zerfallen; Mitglieder des "neuen" nicht rechtsfähigen Vereins sind nur die Personen, die ihm ausdrücklich beitreten. Das Vermögen des Vereins wird wie in den Fällen der §§ 41 - 43 BGB gem. §§ 48 - 53 BGB liquidiert. Erst nach Abschluß der Liquidation könnte das Vermögen des ehemals rechtsfähigen Vereins auf den nicht rechtsfähigen Verein unter der Voraussetzung übertragen werden, daß der nicht rechtsfähige Verein Anfallberechtigter i.S. des § 45 Abs. 1 oder Abs. 2 S. 1 BGB ist. Bereits vor dem Beschluß über den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit müßte dann also in der Satzung des rechtsfähigen Vereins eine Bestimmung enthalten gewesen sein, nach der das Vereinsvermögen bei einem Rechtsfähigkeitsverzicht dem nicht rechtsfähigen Verein anfallen soll - § 45 Abs. 1 BGB - oder es müßte zumindest in der Satzung vorgeschrieben worden sein, daß die Anfallberechtigten durch Beschluß der Mitgliederversammlung bestimmt werden - § 45 Abs. 2 S. 1 BGB -; gleichzeitig mit dem Beschluß über den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit müßte diese Bestimmung dann in der Form getroffen werden, daß Anfallberechtigter der "neue" nicht rechtsfähige Verein sein soll.

2) Wenn zwar ^{man} den Grundgedanken der Nichtidentität beibehalten will, jedoch gleichzeitig auch die sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhänge zwischen rechtsfähigem und nicht rechtsfähigem Verein berücksichtigen will, ließe sich daran denken, den nicht rechtsfähigen Verein sowohl in personenrechtlicher als auch in vermögensrechtlicher Hinsicht als Gesamtrechtsnachfolger des rechtsfähigen Vereins zu behandeln. Die Mitglieder des rechtsfähigen Vereins würden dann automatisch ohne ausdrückliche Beitrittserklärung den Personenverband des nicht rechtsfähigen Vereins bilden. Vermögensrechtlich würden alle Rechts und Verbindlichkeiten ohne gesonderte Übertragungsakte auf den nicht rechtsfähigen Verein übergehen. Eine Liquidation in analoger Anwendung der §§ 47 ff BGB wäre in diesem Fall entbehrlich, da beim Vorhandensein eines Gesamtrechtsnachfolgers der Gläubigerschutz auf andere Weise sichergestellt ist.

Voraussetzung für diese Lösungsmöglichkeit wäre die Existenz eines anerkannten Gesamtrechtsnachfolgetatbestandes. Da es an einem gesetzlich anerkannten Nachfolgetatbestand fehlt, könnte der nicht rechtsfähige Verein nur im Wege der durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten "Funktionsnachfolge" als Gesamtrechtsnachfolger anerkannt werden.

3) Während bei den vorstehend beschriebenen beiden Lösungsmöglichkeiten die personen- und vermögensrechtlichen Konsequenzen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit jeweils gleichbehandelt wurden, könnte man weiterhin auch daran denken, die diesbezüglichen Rechtsfolgen einem unterschiedlichen Schicksal zu unterwerfen.

Als Personenverband könnte der rechtsfähige Verein und der nicht rechtsfähige Verein als identisch angesehen werden. Es bedarf dann keiner Auflösung des "alten" Personenverbandes des rechtsfähigen Vereins und keines neuen Zusammenschlusses der Mitglieder zum nicht rechtsfähigen Verein. In vermögensrechtlicher Hinsicht verbliebe es jedoch bei der Nichtidentität der Vermögensmassen des rechtsfähigen und des nicht rechtsfähigen Vereins mit den Rechtsfolgen, wie sie bereits für die erste Lösungsmöglichkeit dargestellt wurden. Im Rahmen der dann durchzuführenden Liquidation könnte man zusätzlich nach Wegen suchen, um die Durchführung des Liquidationsverfahrens soweit wie möglich zu vereinfachen und zu verkürzen, damit die unterschiedliche Behandlung in personenrechtlicher Hinsicht (Identität) und vermögensrechtlicher Hinsicht (Nichtidentität) nicht zu krasse Auswirkungen hat.

4) Als letzte Lösungsmöglichkeit bietet sich sodann in logischer Fortsetzung der bis jetzt beschriebenen Möglichkeiten die Gleichbehandlung der personen- und vermögensrechtlichen Konsequenzen durch Annahme einer Vollidentität des rechtsfähigen und des nicht rechtsfähigen Vereins an.

Ist der nicht rechtsfähige Verein mit dem rechtsfähigen Verein - abgesehen von der fehlenden Rechtsfähigkeit - voll identisch, so bedarf es weder für den Personenverband noch für den Vermögensträger weiterer Vollzugsakte. Durch den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit würde sich lediglich die Rechtsform der Vereinigung wandeln, ohne daß sich daraus weitere Auswirkungen ergäben.

II. Streitstand in Rechtsprechung und Literatur

In Rechtsprechung und Literatur werden zu den Rechtsfolgen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit folgende Ansichten vertreten:

1) Rechtsprechung existiert zu dieser Frage nicht.

Die beiden Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts aus dem Jahre 1959 ⁵⁰⁾, die sich im Ansatz mit einem denkbaren Rechtsfähigkeitsverzicht befassen, kommen letztlich nicht zu einer Erörterung der Problematik. In diesen Fällen hatten die Vereine (in beiden Entscheidungen eine "Königlich Bayerische Schützen-gesellschaft") die Eintragung im Vereinsregister löschen lassen, weil sie die Ansicht vertraten, auch ohne Eintragung im Vereinsregister die Rechtsfähigkeit zu besitzen, und zwar infolge eines ihnen in der Allgemeinen Schützenordnung für das Königreich Bayern vom 25.8.1968 eingeräumten Privilegs.

Das Bayerische Oberlandesgericht hat in beiden Entscheidungen bestätigt, daß nach inzwischen allgemeiner Ansicht ein Verein, der über seinen eigenen Bestand frei zu verfügen in der Lage ist, insbesondere im Rahmen des Auflösungsbeschlusses, auch auf seine Rechtsfähigkeit verzichten könne. Es wird weiter ausgeführt, daß ein solcher Verzicht entweder gegenüber der verleihenden Behörde - bei wirtschaftlichen Vereinen i.S. des § 22 BGB - oder gegenüber dem Registergericht - bei Idealvereinen - erklärt werden müsse, um wirksam zu sein. In dem Beschluß vom 24.4.1959 ⁵¹⁾ wird zusätzlich darauf hingewiesen, daß ein wirksamer (echter) Rechtsfähigkeitsverzicht der Zustimmung des Schützenkommissariats bedurft hätte, ebenso wie auch ein Beschluß auf

50) BayObLGZ 1959, 152 (159) und 287 (294).

51) BayObLGZ 1959, 152 (159).

Auflösung der Gesellschaft gem. § 5 der Allgemeinen Schützenordnung dieser Zustimmung bedurft hätte. Mit diesem Hinweis folgt das Gericht konsequent dem Grundgedanken der herrschenden Meinung, die den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als Unterfall des Auflösungsbeschlusses behandelt.

Die möglichen Rechtsfolgen eines Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit werden in beiden Entscheidungen nicht weiter erörtert, da der jeweilige Antrag auf Löschung im Vereinsregister nicht von dem Willen der Vereinsmitglieder getragen war, auf die Rechtsfähigkeit zu verzichten, sondern in der Annahme erfolgt war, daß der Verein aufgrund eines landesrechtlichen Privilegs die Rechtsfähigkeit auch ohne Eintragung im Vereinsregister besitze. Das Gericht prüft stattdessen nur die hier nicht weiter interessierende Frage, ob etwa Besatzungsrecht oder die Annahme einer von der Allgemeinen Schützenordnung unabhängigen Satzung und Eintragung in das Vereinsregister die Rechtspersönlichkeit der privilegierten Schützengesellschaften beseitigt hat. Im Ergebnis wird dies verneint.

2) In der Literatur finden sich unterschiedliche Ansichten, die nicht immer frei von Widerspruch sind.

a) Von der Vorstellung der Nichtidentität zwischen rechtsfähigem und nicht rechtsfähigem Verein gehen folgende Meinungen aus:

aa) Nach einer früher häufiger vertretenen Ansicht ist ein Beschluß, die Rechtsfähigkeit aufzugeben, nichts anderes, als eine Auflösung des rechtsfähigen Vereins mit gleichzeitiger Gründung eines neuen nicht rechtsfähigen Vereins ⁵²⁾. Für den aufgelösten rechts-

52) von ThuriS. 562 Fu. 20; Planck Bd. I zu § 41 Ziff. 2 S. 103 oben; Enneccerus-Nipperdey § 113 II 5 S. 685 für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit.

fähigen Verein sollen vermögensrechtlich die zwingenden Liquidationsvorschriften der §§ 47 ff BGB gelten, während der neugegründete nicht rechtsfähige Verein den allgemeinen Gründungsvorschriften folgen soll. Der Personenverband des alten rechtsfähigen Vereins zerfällt; Mitglieder des neuen Verbandes sind nur die Personen, die ihm ausdrücklich beitreten⁵³⁾.

Diese Ansicht geht von dem Gedanken aus, daß die Rechtsfähigkeit nicht eine Eigenschaft des Verbandes sei, sondern das Wesen der Person im rechtlichen Sinne ausmache, so daß die Existenz des Vereins von der Rechtsfähigkeit abhängt. Der Verein, der nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit dieselben Zwecke mit demselben Mitgliederbestand und demselben Vermögen weiter verfolgen soll, muß demnach rechtlich ein neues Gebilde sein. Von Thur will hier lediglich einräumen, daß es sich sozial um dasselbe Gebilde handelt.

Diese Theorie von der Verschiedenheit der Rechtssubjekte hat in jüngerer Zeit keine Anhänger mehr gefunden. Dabei muß beachtet werden, daß die Theorien zur Umwandlung des rechtsfähigen Vereins in einen nicht rechtsfähigen Verein wesentlich mitgestaltet werden von den Vorstellungen zum umgekehrten Fall, nämlich der Entwicklung des nicht rechtsfähigen Vereins im Gründungsstadium zum rechtsfähigen Verein nach Eintragung in das Vereinsregister (§ 21 BGB) oder Verleihung der Konzession (§ 22 BGB). Die Entwicklung des Meinungsstandes zu der Problematik des Vorvereins hat sicherlich wesentlich dazu beigetragen, daß die insbesondere von Planck und von Thur entwickelten Thesen heute nicht mehr vertreten werden.

53) von Thur S. 561; Planck a.a.O. Fu. 52).

bb) Die These, daß der nicht rechtsfähige Verein mit dem früheren rechtsfähigen Verein nicht identisch ist, aber als Gesamtrechtsnachfolger in alle Rechte und Pflichten des früheren rechtsfähigen Vereins eintritt, ohne daß es der Durchführung eines Liquidationsverfahrens bedürfte, wird in dieser krassen Form - soweit ersichtlich - von niemandem vertreten. Eine "Funktionsnachfolge" des nicht rechtsfähigen Vereins als einzig denkbarer Gesamtrechtsnachfolgetatbestand wird in dieser Form für den Rechtsfähigkeitsverzicht gleichfalls nicht erörtert.

Man muß sich dabei vor Augen halten, daß der Begriff der Gesamtrechtsnachfolge zwei verschiedene Rechtssubjekte voraussetzt - den Rechtsvorgänger und den Rechtsnachfolger, auf den die Rechte und Pflichten übergehen ⁵⁴⁾. Die Gesamtrechtsnachfolge steht damit im Gegensatz zum Begriff der Identität. Bedauerlicherweise werden diese beiden Begriffe zum Teil nicht sauber auseinandergehalten ⁵⁵⁾.

Schultze-v.Lasaulx ⁵⁶⁾ tendiert zu dem Gedanken einer Gesamtrechtsnachfolge jedenfalls in vermögensrechtlicher Hinsicht. Doch erscheinen seine Äußerungen nicht widerspruchsfrei. Obwohl er grundsätzlich auf dem Boden der noch zu erörternden herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie ⁵⁷⁾ steht, sympathisiert er mit dem Gedanken der vermögensrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge. Bei der Fortsetzung eines rechtsfähigen Vereins durch einen nicht rechtsfähigen Verein soll der nicht rechtsfähige Verein den Gläubigern für die Schulden des beendeten rechtsfähigen Vereins als Vermögensübernehmer nach § 419 BGB haften ⁵⁸⁾. Für den Vermögensübergang soll es

54) KG NJW 1969, 752.

55) so z.B. nicht bei Haberkorn MDR 1962, 350 (351/352); auch nicht bei Friedrich, Vereine u. Gesellschaften Teil C I 2 c S. 36.

56) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 3 am Ende, § 45 Rdz. 5.

57) vgl. hierzu im einzelnen S. 36 - S. 41 unter D II 2) b)aa)

58) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 3 am Ende.

dabei zu einem "gesamtnachfolgeähnlichen" Anfall des Vereinsvermögens in der Form einer vereinfachten Liquidation kommen.

Andererseits bejaht Schultze-v.Lasaulx speziell für den Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit, daß wegen der "Identität" das Vermögen des bisherigen Vereins Vermögen des weiterbestehenden nicht rechtsfähigen Vereins wird ⁵⁹⁾. Damit sind seine Äußerungen über den "gesamtnachfolgeähnlichen" Anfall des Vereinsvermögens nicht zu vereinbaren. Er bleibt die Antwort schuldig, aus welchen Gründen bei Annahme einer Identität des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem früheren rechtsfähigen Verein eine Liquidation stattfinden muß und wie die von ihm zitierte vereinfachte Liquidation geschaffen sein soll.

b) Im Gegensatz zu den unter a) dargestellten Meinungen gehen folgende Ansichten in der Literatur von dem Grundgedanken der Teil-Identität bzw. der vollen Identität des rechtsfähigen mit dem nicht rechtsfähigen Verein aus.

aa) Die noch vorherrschende Literaturmeinung ⁶⁰⁾ geht davon aus, daß der rechtsfähige Verein sich in seiner Eigenschaft als Personenverband automatisch in den nicht rechtsfähigen Verein umwandelt, so daß insofern also Identität gegeben ist. Daneben soll aber der

59) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 7.

60) Staudinger-Coing § 45 Rdz. 18, § 41 Rdz. 13 - 15, 18, 19; Soergel-Schultze-v.Lasaulx Vorbem. vor §§ 41 - 53 Rdz. 3, 7, § 45 Rdz. 5, § 47 Rdz. 6; Enneccerus-Nipperdey AT § 113 II 5 S. 685; Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 826; MünchKomm-Reuter § 41 Rdz. 1; RGRK-Steffen § 42 Rdz. 1, 2, § 41 Rdz. 5 am Ende, deutlicher noch 11. Aufl. § 41 Anm. 1 am Ende speziell für den Rechtsfähigkeitsverzicht; Märkle I Teil B IV Ziff. 9; Müller-Erzbach S. 188 Mitte; Sauter-Schweyer Rdz. 363; Reinhardt/Schultz: Gesellschaftsrecht § 32 Rdz. 367 S. 163.

rechtsfähige Verein als Träger des Vereinsvermögens zu Liquidationszwecken gem. § 49 Abs. 2 BGB bestehen bleiben. Bis zum Abschluß der Liquidation führt nach dieser Ansicht der Verein eine Art Doppelexistenz, und zwar als nicht rechtsfähiger Verein einerseits und als rechtsfähiger Liquidationsverein andererseits. Erst wenn der rechtsfähige Liquidationsverein mit Abschluß der Liquidation sein Vermögen auf den nicht rechtsfähigen weiter bestehenden Verein voll übertragen hat, erlischt er ⁶¹⁾.

Diese noch vorherrschende Ansicht unterscheidet weiterhin zwei Formen, in denen die nach dieser Meinung notwendige Liquidation durchzuführen ist:

(1) Bei einer vollen Liquidation des Vereinsvermögens müssen die Liquidatoren gem. § 49 Abs. 1 BGB die laufenden Geschäfte beenden, die Forderungen einziehen, das übrige Vermögen in Geld umsetzen, die Gläubiger befriedigen und den Überschuß den Anfallberechtigten übergeben. Der Verlust der Rechtsfähigkeit ist gem. § 50 Abs. 1 BGB durch die Liquidatoren öffentlich bekannt zu machen; in der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Bekannte Gläubiger sind nach § 50 Abs. 2 BGB durch besondere Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern. Die Übergabe des Liquidationsüberschusses an die Anfallberechtigten i.S. des § 45 BGB darf gem. § 51 BGB nicht vor Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung über den Verlust der Rechtsfähigkeit erfolgen (sog. Sperrjahr). § 52 BGB sieht weitere Sicherungen für die Gläubiger vor. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag nach § 52 Abs. 1 BGB für den Gläubiger zu hinterlegen, soweit die Berechtigung hierzu vorhanden ist. Bei

61) sogenannte modifizierte Identitätstheorie.

streitigen Verbindlichkeiten darf gem. § 52 Abs. 2 BGB das Vermögen den Anfallberechtigten nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet wird. Gleiches gilt, wenn die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar ist.

Der Anfall des Vereinsvermögens gem. § 45 BGB an die Anfallberechtigten nach Ablauf des Sperrjahres begründet dabei nur einen schuldrechtlichen Anspruch der Anfallberechtigten gegen den Liquidationsverein und zieht nicht etwa - wie nach § 46 BGB beim Anfall an den Fiskus - einen unmittelbaren Vermögensübergang wie beim Erbgang nach sich.

Bei Durchführung eines vollen Liquidationsverfahrens gem. §§ 47 - 53 BGB - mit dem Inhalt, wie vorstehend beschrieben - muß sichergestellt werden, daß der fortbestehende nicht rechtsfähige Verein Anfallberechtigter i.S. des § 45 BGB ist, damit das Endziel der Vermögensfortführung durch den nicht rechtsfähigen Verein erreicht werden kann. Das legitime Vermögenserwerbsinteresse des nicht rechtsfähigen Vereins kann einmal dadurch befriedigt werden, daß die Vereinssatzung direkt gem. § 45 Abs. 1 BGB das Vermögen nach Abschluß der Liquidation dem fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein zuweist 62). Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Regelung, so soll sich nach Ansicht der Literatur das gleiche Ergebnis durch Auslegung ergeben. Nach Sauter-Schweyer 63) muß in diesem Fall mit dem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit eine etwaige nach § 45 Abs. 2 BGB gefaßte Satzungsbestimmung über den Anfall des Vereinsvermögens an andere Personen aufgehoben werden. Damit würde es an einer Be-

62) z.B. Erman-H.Westermann § 45 Rdz. 2.

63) Sauter-Schweyer a.a.O. Fu. 60).

stimmung der Anfallberechtigten fehlen. Nach § 45 Abs. 3 BGB müßte dann an sich das Vereinsvermögen an die vorhandenen Mitglieder zu gleichen Teilen fallen, soweit der Verein nach der Satzung ausschliesslich den Interessen seiner Mitglieder diene (das wäre insbesondere bei wirtschaftlichen Vereinen der Fall) oder anderenfalls an den Fiskus. § 45 Abs. 3 BGB soll für den Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit dann dahin auszulegen sein, daß das Anfallrecht dem nicht rechtsfähigen Verein selbst zustehen soll.

Die vorstehende Darstellung über den Verlauf eines Liquidationsverfahrens nach den §§ 47 - 53 BGB macht deutlich, daß es sich dabei um ein recht schwerfälliges und zeitraubendes Verfahren handelt. Hinsichtlich der Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens sind in der Literatur schon früh Bedenken angemeldet worden. Von Bülow ⁶⁴⁾ kommt in seinen Ausführungen zum Vereinsrecht zu dem Ergebnis, daß bei dem Übergang des Vermögens auf den übrigbleibenden nicht rechtsfähigen Verein die Durchführung einer Liquidation eigentlich weder sinnvoll noch notwendig sei. Angesichts des "kategorischen" § 47 BGB zieht er daraus folgenden Schluß: "Wir werden hier nothwendig in eine Gesetzesumgehung gedrängt, deren praktisches Resultat sein wird, dass in solchem Falle eine Scheinliquidation stattfindet, der Uebernehmer die gesamte Liquidationsmasse zum Taxwerthe ersteht und den Ueberschuss zurückerhält, da dieser auch Vereinsvermögen ist." ⁶⁵⁾ Im Hinblick auf das Erscheinungsdatum dieser Ausführungen - 1902 - kann diese Ansicht sicherlich nicht eindeutig der noch herrschenden Meinung zugeordnet werden. Bezeichnend ist jedoch, daß bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts, d.h. also kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, die Notwendigkeit einer Liquidation im Fall des Weiterbestandes eines nicht rechtsfähigen Vereins bezweifelt wurde.

64) von Bülow, Vereinsrecht des BGB § 46.

65) von Bülow a.a.O. Fu. 64) S. 69.

(2) Aufgrund der Bedenken gegen die Zweckmässigkeit der Durchführung eines vollen Liquidationsverfahrens suchte man in der Literatur nach Wegen zur Verbesserung der als unglücklich angesehenen Konsequenzen. Zunächst wagte man sich dabei noch nicht voll von dem Gedanken der Gleichschaltung Verzicht auf die Rechtsfähigkeit = Auflösung = Liquidation zu lösen. Auf der Suche nach einer Abmilderungsmöglichkeit der als unbillig empfundenen Rechtsfolgen entwickelte die Literatur schliesslich die Theorie von der "vereinfachten Liquidation".

Vornehmlich Schultze-v.Lasaulx ⁶⁶⁾ weist darauf hin, daß bei Umwandlung in einen nicht rechtsfähigen Verein durch den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nur eine sog. vereinfachte Liquidation zu erfolgen habe, da der wesentliche Zweck der Liquidation, nämlich der Gläubigerschutz, auch auf diese Weise gem. § 49 Abs. 1 S. 3 BGB erreicht werden könne. Der zu Liquidationszwecken noch fortbestehende rechtsfähige Verein braucht demnach das Vereinsvermögen nicht in Geld aufzulösen und die Gläubiger auszubezahlen. Wenn er ohne Beachtung des Sperrjahres - § 51 BGB - das Vereinsvermögen aufgrund eines gem. § 311 BGB zu schliessenden Vertrages durch Einzelübertragung sogleich auf den nicht rechtsfähigen Verein überträgt, so sollen die Gläubigerinteressen dadurch hinreichend geschützt sein, daß den Gläubigern der nicht rechtsfähige Verein für die Schulden des beendeten rechtsfähigen Vereins als Vermögensübernehmer nach § 419 BGB haftet ⁶⁷⁾. Um das Ergebnis zu erreichen, daß der nicht rechtsfähige Verein nicht nur die Forderungen des rechtsfähigen Vereins erwirbt und für seine Schulden haftet, sondern darüber hinaus auch voll in dessen Rechtsstellung als Vertragspartner aller bestehenden Verträge eintritt, müßten entsprechende zusätzliche Vereinbarungen des nicht

66) Soergel-Schultze-v.Lasaulx Vorbem. vor §§ 41 - 53 Rdz. 3, 7, § 45 Rdz. 5, § 47 Rdz. 6; vgl. auch Lehmann-Hübner BGB AT § 61 VI 3; im Ansatz wohl auch MünchKomm-Reuter zu §§ 45 - 47 Rdz. 4 am Ende.

67) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 3 am Ende.

rechtsfähigen Vereins mit allen Vertragspartnern des rechtsfähigen Vereins getroffen werden. Da dies in der Praxis kaum durchführbar ist, müßte man sich hier weitgehend mit der Fiktion konkludent abgeschlossener Eintrittsverträge behelfen.

bb) Die Bedenken in der Literatur gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Liquidation führten schliesslich dazu, daß nach einer im Vordringen befindlichen Literaturmeinung der Gedanke der Identität nicht nur in personenrechtlicher, sondern auch in vermögensrechtlicher Hinsicht konsequent zuende geführt wurde. Nach dieser Ansicht ⁶⁸⁾ verwandelt sich der rechtsfähige Verein durch den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit in einen nicht rechtsfähigen Verein, der - abgesehen von der nun fehlenden Rechtsfähigkeit - in vollem Umfang mit dem rechtsfähigen Verein identisch ist, d.h. also sowohl als Personenverband als auch als Vermögens-träger. Nach dieser konsequenten Identitätstheorie beschränkt sich die Konsequenz des Rechtsfähigkeitsverzichts auf den Rechtsformwandel, so daß eine Liquidation des Vereins ausscheidet.

Erstaunlich ist allerdings, daß Stöber ⁶⁹⁾, der sich zudem als einziger ausführlich mit den Konsequenzen des Verzichts auf die Rechtsfähigkeit befaßt, der von ihm vertretenen Identitätstheorie offenbar keine große Aussagekraft beimißt. Er weist darauf hin, daß der Rechtsfähigkeitsverzicht dann zu Schwierigkeiten führe, wenn der Verein als Eigentümer von Grundstücken oder als Gläubiger von dinglichen Rechten im Grundbuch eingetragen sei. Für

68) Palandt-Heinrichs § 42 Anm. 2; Stöber Vereinsrecht Rdz. 291; Hornung (Buchbesprechung) Rechtspfleger 1974, 375; Keidel-Schmatz-Stöber Registerrecht Rdz. 1120; Erman-H.Westermann § 47 Rdz. 2.

69) Stöber a.a.O. Fu. 68).

solche Fälle empfiehlt er, einen Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nicht zu beschliessen. Diese Einschränkung ist in sich widersprüchlich und möglicherweise dadurch zu erklären, daß Stöber sein Lehrbuch zum Vereinsrecht als praktisches Handbuch verstanden wissen will und verhindern möchte, daß juristisch nicht bewanderte Vorstandsmitglieder eines rechtsfähigen Vereins in Ausführung eines Beschlusses über den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit in Schwierigkeiten kommen. Wenn die Praxis diesem Rat Stöbers folgt, wird es jedoch noch längere Zeit dauern, bis eine Beschwerde gegen einen vom Rechtspfleger beim Grundbuchamt zurückgewiesenen Grundbuchberichtigungsantrag einen richterlichen Spruch zu den Konsequenzen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit beim rechtsfähigen Verein herbeiführt.

c) Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, daß die dargestellten Ansichten in der Literatur zu den vermögens- und personenrechtlichen Konsequenzen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit verschiedentlich unklar und in sich widersprüchlich sind und damit ihre Einordnung erschweren. So engagiert sich z.B. Oertmann ⁷⁰⁾ unter Berufung auf Gierke ⁷¹⁾ nachdrücklich für die Anwendung der reinen Identitätstheorie nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit. Er weist sogar darauf hin, daß die Gegner der Identitätstheorie zu der seltsamen Konstruktion greifen müßten, daß während der von ihnen als notwendig angenommenen Liquidation zwei Vereine nebeneinander bestünden. Dennoch hält Oertmann für alle Fälle der Entziehung der Rechtsfähigkeit, für die er vorher die Identitätstheorie für anwendbar erklärt hat, d.h. also auch für den Rechtsfähigkeitsverzicht ⁷²⁾,

70) Oertmann BGB AT Bd. I § 42 Anm. 1 b) am Ende S. 161.

71) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 9.

72) Oertmann a.a.O. Fu. 70) § 42 Anm. 2 d) i.V.m. § 45 Anm. 2 b) am Ende S. 168.

eine Liquidation für "kaum zu vermeiden". Er will hierbei lediglich einräumen, daß bei einstimmigem Verzicht aller Interessenten, insbesondere der Vereinsgläubiger, die Liquidation vermieden werden kann ⁷³⁾. Dies bedeutet, daß bei einem Wegfall des Gläubigerschutzes das angeblich zwingende Liquidationsgebot des § 47 BGB doch nicht befolgt werden muß.

III. Kritik und Lösungsvorschlag

Der unter II. dargestellte Streitstand in Rechtsprechung und Literatur bedarf eingehender Untersuchung.

1) Kritik und Stellungnahme zur Nichtidentität des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem vormals rechtsfähigen Verein

Die unter II. 2) a) ⁷⁴⁾ wiedergegebenen Ansichten der Literatur zur Nichtidentität des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem vormals rechtsfähigen Verein, verbunden mit der Notwendigkeit des Vermögensüberganges durch Liquidation und Einzelübertragung bzw. durch Gesamtrechtsnachfolge, gehen von dem Grundgedanken aus, daß es sich bei dem rechtsfähigen Verein einerseits und dem nicht rechtsfähigen Verein andererseits um verschiedene Rechtssubjekte handelt.

a) Diese Ansichten gehen schwerpunktmäßig von der Überlegung aus, daß der Gesetzgeber in § 54 BGB den nicht rechtsfähigen Verein den Vorschriften des Gesellschaftsrechtes unterstellt hat und daß die dadurch geschaffene Kluft zwischen juristischer Person einerseits

73) Oertmann a.a.O. Fu. 70) § 47 Anm. 1.

74) vgl. vorstehend S. 33 - S. 36.

und Gesamthandsgemeinschaft andererseits unüberbrückbar sei⁷⁵⁾.

aa) Gerade bei dieser Meinung zeigt sich sehr deutlich, in welchem Umfang historisch bedingte Vorgaben Einfluß nehmen können.

Von Tuhr⁷⁶⁾ vertritt z.B. die Ansicht, daß bei der Umwandlung des Vorvereins in einen rechtsfähigen Verein eine Auflösung des vormals nicht rechtsfähigen Vereins vorliege. Konsequenterweise muß er dann für den umgekehrten Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit eine Auflösung des rechtsfähigen Vereins mit gleichzeitiger Neugründung eines nicht rechtsfähigen Vereins annehmen. Ohne an dieser Stelle die Erörterung über die Art der Entstehung des rechtsfähigen Vereins vorwegnehmen zu wollen, sei doch zumindest festgehalten, daß heute niemand mehr ernsthaft für die Rechtsgebilde Vorverein / rechtsfähiger Verein eine Verschiedenheit der Rechtssubjekte in dieser Form vertritt.

bb) Unabhängig von den historischen Mängeln dieser Theorie, soll jedoch dem gedanklichen Ansatzpunkt dieser Meinung nachgegangen werden.

Es liegt auf der Hand, daß zwischen einer juristischen Person und einem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluß i.S. der §§ 705 ff BGB auf den ersten Blick tatsächlich solch gravierende Unterschiede bestehen, daß es schwerfällt, darüber ohne weiteres hinwegzugehen. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zeichnet sich dadurch aus, daß sie vom Gesetz nur als ein obligatorisches Rechtsverhältnis ausgestaltet ist mit der vertraglichen Verpflichtung zwischen mehreren Personen, einen gemeinsamen

75) so z.B. von TuhrIS. 588 für die Entwicklung des nicht rechtsfähigen Vereins zum rechtsfähigen Verein.

76) a.a.O. Fu. 75).

Zweck durch Zusammenwirken zu erreichen ⁷⁷⁾. Die Gesellschaft ist typischerweise personenbezogen, und zwar auf einen begrenzten und überschaubaren Personenkreis ausgerichtet. Vermögensrechtlich wird sie geprägt durch das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip, d.h. das Vermögen der Gesellschaft gehört den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit ⁷⁸⁾ und nicht der Gesellschaft selbst wie bei der juristischen Person. Haftungsrechtlich ist hervorzuheben, daß die Gesellschafter für Gesellschaftsschulden gegenüber Dritten auch mit ihrem ganzen Privatvermögen haften, und zwar sofort und primär und als Gesamtschuldner ⁷⁹⁾.

In diesen drei aufgezeigten Bereichen, d.h. also in personen-, vermögens- und haftungsrechtlicher Hinsicht, erscheint die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht gerade geeignet als Idealtypus zur Verwirklichung einer vereinsrechtlichen Zielsetzung, jedenfalls nicht bei einem Idealverein. Der nicht rechtsfähige Idealverein, soweit er nicht ausschliesslich den Interessen seiner Mitglieder dient, wird im Regelfall auf eine möglichst große Mitgliederzahl angelegt sein, die den Vereinszweck auch in quantitativer bestmöglicher Auslastung fördern soll. Bei einem mitgliederstarken Verein, dessen laufende Geschäftsführung und Vertretung durch einen Vorstand wahrgenommen wird und den die Mitglieder hauptsächlich durch Zahlung ihrer Beiträge unterstützen, erscheint weiterhin die Vorstellung unpassend zu sein, daß alle Vereinsmitglieder am gesamten Vermögen beteiligt sind, lediglich beschränkt durch das gleiche Recht aller übrigen Mitglieder. Auch die haftungsrechtliche Konsequenz erweckt unter diesem Gesichtspunkt Skepsis; warum soll jedes Mitglied unbeschränkt für Gesellschaftsschulden haften, für deren Entstehung in erster Linie

77) BGHZ 43, 316 (319); Palandt-Thomas § 705 Anm. 2).

78) RGZ 141, 277 (280); BGHZ 34, 293 (296).

79) Erman-Schulze-Wenck § 718 Rdz. 7.

der Vorstand verantwortlich ist?

cc) Alle diese Ungereimtheiten haben bekanntlich dazu geführt, daß nach heute herrschender Meinung entgegen § 54 BGB die §§ 7o5 ff BGB auf den nicht rechtsfähigen Idealverein keine analoge Anwendung mehr finden 8o). Der nicht rechtsfähige Verein ist wie der rechtsfähige eine dauernde, von dem Wechsel der Mitglieder unabhängige körperschaftliche Personenvereinigung mit eigenem Namen 81). Die Außerachtlassung des gesellschaftsrechtlichen Aspektes wird dadurch erleichtert, daß die vorgeschriebene analoge Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts nicht in einer Fehleinschätzung des Gesetzgebers ihren Ursprung hat, sondern vielmehr Ausfluß einer rechtspolitischen Motivation des Gesetzgebers war, welcher durch den Anreiz der Rechtsfähigkeit und vor allem durch die Anwendung des für nicht rechtsfähige Vereine nachteiligen Gesellschaftsrechtes die nicht rechtsfähigen Vereine dazu veranlassen wollte, die Eintragung im Vereinsregister zu beantragen. Wie hinlänglich bekannt, hat § 54 BGB diesen Zweck allerdings nicht erfüllt.

Im Wege der Rechtsfortbildung wurde der insoweit "unglückliche" § 54 BGB in der Weise korrigiert, daß heute praktisch alle Vorschriften des Vereinsrechtes, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf den rechtsfähigen Verein Anwendung finden, auch auf den nicht rechtsfähigen Verein analog angewendet werden. Ausgenommen hiervon sind nur die Bestimmungen, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen.

8o) Staudinger-Coing, § 54 Rdz. 2; Erman-H. Westermann § 54 Rdz. 4; Palandt-Heinrichs § 54 Anm. 1.

81) BGHZ 43, 316 (319).

Das Haftungsproblem wurde durch eine Beschränkung der Haftung der Vereinsmitglieder auf ihren Anteil am Vereinsvermögen gelöst⁸²⁾. Diese Haftungsbeschränkung mit Wirkung gegenüber den Vereinsgläubigern wurde zunächst aus der Tatsache abgeleitet, daß die Satzung die Vertretungsmacht des Vorstandes für die Eingehung von Verbindlichkeiten auf das vorhandene Vereinsvermögen beschränkte und niemand, der mit dem Verein Rechtsbeziehungen anknüpft, eine darüber hinausgehende Haftung des einzelnen Vereinsmitgliedes erwartet. Auch beim Fehlen einer solchen ausdrücklichen Satzungsbestimmung wurde später im Wege der Satzungsauslegung eine solche Haftungsbeschränkung als von der Satzung gewollt angenommen.

Dadurch bleibt das Gesamthandsprinzip zwar formal bestehen, letztlich wird es aber so gehandhabt, als sei Träger des gesamthänderisch gebundenen Vermögens der Verein selbst. Das bestehenbleibende Gesamthandsprinzip verliert weiter noch mehr an Bedeutung, wenn man mit Wiedemann⁸³⁾ sowohl die juristische Person als auch die Gesamthand als bloßes Vermögenszuordnungsprinzip auffaßt.

dd) Der einzige Unterschied, auf den sich die zunächst so gravierend erscheinenden Verschiedenheiten zwischen rechtsfähigem Verein einerseits und nicht rechtsfähigem Verein andererseits reduziert, ist demnach die vorhandene bzw. fehlende Rechtspersönlichkeit des Verbandes mit ihren zwangsläufigen Auswirkungen:

Der nicht rechtsfähige Verein ist nicht grundbuchfähig⁸⁴⁾, nicht wechselfähig⁸⁵⁾ und nicht aktiv parteifähig⁸⁶⁾ - mit Ausnahme der Parteien gem. § 3 Parteiengesetz

82) RGRK-Steffen § 54 Rdz. 15.

83) Wiedemann WM Sonderbeilage Nr. 4/75 zu Nr. 34 S. 27.

84) Erman-H.Westermann § 54 Rdz. 8.

85) Palandt-Heinrichs § 54 Anm. 2 A b).

86) Staudinger-Coing § 54 Rdz. 14.

und der durch Rechtsfortbildung anerkannten Fälle ⁸⁷⁾-. Genaugenommen könnte der nicht rechtsfähige Verein auch nicht der Bedachte von Schenkungen, Erbschaften und Vermächtnissen sein; dieser Mangel wird insofern korrigiert, als die Zuwendungen den Vereinsmitgliedern als zugedacht angesehen werden, verbunden mit der Auflage, diese dem Verein zu überlassen und die Verfügung durch die Vereinsorgane zu dulden ⁸⁸⁾. Die Auswirkungen der Rechtsfähigkeit auf die Vermögenszuordnung des Vereinsvermögens sowie auf das Subjekt der Haftung mit den im Wege der Rechtsfortbildung vorgenommenen Korrekturen wurden bereits genannt.

Angesichts der Tendenz, die Auswirkungen der fehlenden Rechtsfähigkeit auf ein Minimum zu reduzieren, kann hier nur noch einmal wiederholt werden, was unter C IV. 1) ⁸⁹⁾ bereits ausgeführt wurde: Dem Phänomen der Rechtsfähigkeit kann nicht die Wertigkeit beigemessen werden, daß die Unterschiede, die sich beim Vorhandensein bzw. Fehlen eines damit behafteten Rechtsgebildes ergeben, zur Annahme einer Verschiedenheit dieser beiden Rechtsgebilde führen könnten.

b) Die unter II. 2) a) bb) ⁹⁰⁾ dargestellte Ansicht der Literatur zur Nichtidentität des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem vormals rechtsfähigen Verein, verbunden mit der Notwendigkeit des Vermögensüberganges durch Gesamtrechtsnachfolge, stellt gegenüber der Ansicht zur Notwendigkeit des Vermögensüberganges durch Einzelübertragung einen Fortschritt dar im Hinblick auf das

87) BGHZ 50, 325 (327, 334) für die Gewerkschaften im Zivilprozeß.

88) RGRK-Steffen § 54 Rdz. 17.

89) vgl. S. 23.

90) vgl. vorstehend S. 35- S. 36.

letztlich erstrebte Ziel der Vereinsmitglieder, nämlich der nahtlosen Fortsetzung des vormals rechtsfähigen Vereins. Eine Gesamtnachfolge des nicht rechtsfähigen Vereins in das Vermögen des ehemals rechtsfähigen Vereins durch einheitlichen Rechtsakt i.S. der §§ 1922, 1967 BGB, d.h. also ohne besondere Übertragung von Einzelrechten, würde den Vorteil bieten, daß hierdurch klare Verhältnisse in haftungsrechtlicher und vermögensrechtlicher Sicht geschaffen würden. Man könnte dann höchstens die Frage erörtern, ob es dem nicht rechtsfähigen Verein gestattet sein muß oder sein darf, die Haftung der Vereinsmitglieder für die Verbindlichkeiten des rechtsfähigen Vereins zu beschränken.

Ein Eintritt des nicht rechtsfähigen Vereins in alle Rechte und Pflichten des vormalig rechtsfähigen Vereins im Wege der Gesamtrechtsnachfolge setzt begrifflich zunächst den Übergang von Rechten und Pflichten einer juristischen Person auf eine von ihr wesensverschiedene Personenvereinigung voraus. Die Verschiedenheit der Rechtssubjekte, die Nichtidentität zwischen rechtsfähigem und nicht rechtsfähigem Verein, ist damit impliziert. Wie vorstehend unter a) ausführlich dargestellt, kann bereits diesem gedanklichen Ansatzpunkt nicht zugestimmt werden.

Ein Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge würde darüber hinaus voraussetzen, daß die Umwandlung des Vereins einen gesetzlich anerkannten Gesamtrechtsnachfolgetatbestand darstellt. Auch dies läßt sich im Ergebnis nicht begründen.

Eine Analogie des § 419 BGB im Rahmen einer Funktionsnachfolge des nicht rechtsfähigen Vereins kommt nicht in Betracht. Das Kammergericht weist in seinem Beschluß

vom 27.11.1969 ⁹¹⁾ zu Recht darauf hin, daß der Begriff der Funktionsnachfolge eine von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Hilfskonstruktion zur Regelung bestimmter Haftungstatbestände darstellt, der nur im begrenzten Umfang der Analogie oder der Rechtsfortbildung zugänglich ist. Insbesondere im historischen Zusammenhang der Nachkriegszeit hat die Rechtsprechung den Begriff der Funktionsnachfolge bei ungeklärten Eigentums- und Haftungsverhältnissen zur Durchsetzung dringender Ansprüche als Rechtsgrund benutzt, um die Haftung des Funktionsnachfolgers nach Grund und Umfang von einer Vermögensübernahme i.S. des § 419 BGB unabhängig zu machen ⁹²⁾. Die rein haftungsrechtlichen Aspekte der von der Rechtsprechung anerkannten Fälle einer Funktionsnachfolge wie auch der historische Hintergrund dieser Hilfskonstruktion führen zu dem Schluß, daß der Begriff der Funktionsnachfolge für die Anwendbarkeit auf die Umwandlung des rechtsfähigen zum nicht rechtsfähigen Verein unbrauchbar ist. Die Funktionsnachfolge ist kein gesetzlich anerkannten Gesamtrechtsnachfolgetatbestand und es besteht im Hinblick auf die anderen Lösungsmöglichkeiten auch kein Bedürfnis dafür, diesen Begriff auf den die Rechtsfähigkeit freiwillig aufgebenden Verein analog anzuwenden.

c) Als Zwischenergebnis sei an dieser Stelle zunächst festgehalten, daß also die Betrachtung von rechtsfähigem Verein und nicht rechtsfähigem Verein i.S. zweier verschiedener Rechtssubjekte die personen- und vermögensrechtlichen Konsequenzen beim Verzicht auf die Rechtsfähigkeit des rechtsfähigen Vereins nicht in

91) KG NJW 1969, 752 f.

92) KG a.a.O. Fu. 91); BGHZ 16, 184 (188); BGHZ 36, 245 (249 ff).

logisch überzeugender und juristisch einwandfreier Weise klärt; dies gilt unabhängig davon, ob man das Vermögen des rechtsfähigen Vereins durch Einzelübertragung oder durch Gesamtrechtsnachfolge auf den nicht rechtsfähigen Verein übergehen läßt.

Inwieweit ein Bedürfnis dafür besteht, den unter II. 2) a) dargestellten Theorien ⁹³⁾ noch eine weitere hinzuzufügen, muß die nachfolgende Auseinandersetzung mit der modifizierten Identitätstheorie der noch herrschenden Meinung und der konsequenten Identitätstheorie der im Vordringen befindlichen Anschauung erweisen.

2) Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als umgekehrter Fall der Entstehungssituation

Bei einem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit wandelt sich der rechtsfähige Verein in einen nicht rechtsfähigen Verein um. Ein solcher Umwandlungsakt ist dem Vereinsrecht nicht fremd, da auch bei der Entstehung des rechtsfähigen Vereins der reziproke Umwandlungsvorgang, nämlich vom nicht rechtsfähigen zum rechtsfähigen Verein gegeben sein kann. Es stellt sich daher die Frage, ob sich aus der Betrachtung der Entstehungssituation Argumente zur Lösung der Streitfragen für die Situation "Aufgabe der Rechtsfähigkeit" finden lassen.

Wenn der in der Entstehung befindliche Verein durch Eintragung in das Vereinsregister gem. § 21 BGB oder durch staatliche Konzession gem. § 22 BGB die Rechtsfähigkeit erlangt, stellt sich zum einen die Frage - wie bei jeder im Entstehen begriffenen juristischen Person -, wie die Rechtsnatur dieses Vorgebildes beschaffen ist und zum anderen daran anschliessend die Frage, ob und inwieweit

93) vgl. vorstehend S. 33 - S. 36.

und in welcher Form insbesondere die vermögensrechtlichen Bindungen dieses vorgeschalteten Rechtsgebildes auf die nach Erlangung der Rechtsfähigkeit entstandene juristische Person übergehen.

- a) Im Gegensatz zu der Rechtslage bei anderen juristischen Personen ist die Frage nach der Rechtsnatur des Vorvereins relativ einfach zu beantworten. Nach wohl einheitlicher Auffassung ⁹⁴⁾ handelt es sich bei dem Stadium zwischen Vereinsgründung und Eintragung in das Vereinsregister bzw. Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB um einen nicht rechtsfähigen Verein. Dies ist sogar zwingend in den Fällen, in denen ein zunächst als nicht rechtsfähiger Dauerverein gegründeter Verband sich erst nachträglich entschließt, die Rechtsfähigkeit zu erwerben. Da das Gesetz selbst - anders bei den Kapitalgesellschaften - die Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins zur Verfügung stellt, ist die Rechtsnatur des Vorvereins zwanglos vorgegeben.
- b) Das Verhältnis des nicht rechtsfähigen Vorvereins zum rechtsfähigen Verein war in früherer Zeit sehr umstritten. In der Literatur ⁹⁵⁾ bestand eine starke Tendenz dahingehend, den Übergang der Rechte und Pflichten

94) BayObLG 72, 29 (34); Palandt-Heinrichs § 21 Anm. 2) b); Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor § 21 Rdz. 56; Staudinger-Coing § 21 Rdz. 33; Erman-H.Westermann § 21 Rdz. 3; RGRK-Steffen § 21 Rdz. 9; Larenz AT § 10 I c) S. 137.

95) von Thuriß. 588 f: "Um Auflösung des nicht rechtsfähigen Vereins handelt es sich meines Erachtens auch dann, wenn der Verein durch Eintragung oder staatliche Verleihung die Rechtsfähigkeit erlangt."; Enneccerus-Nipperdey § 107 VII S. 649 f; Hölder Vorbem. § 21 Anm. III S. 130 sieht den Vorverein noch als BGB-Gesellschaft an; Haff S. 192 - 194; Neumann DJZ 1902, 292; Reineke DJZ 1908, 245 - 247.

auf den rechtsfähigen Verein als Rechtsnachfolge unter Wechsel des Rechtsträgers anzusehen. Nach dieser Ansicht gingen alle Vermögensrechte - je nach Struktur - nur durch Einigung und Übergabe, durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch oder durch Abtretung von dem nicht rechtsfähigen Verein auf den rechtsfähigen Verein durch Einzelübertragungsakte über; die damit korrespondierende notwendige Schuldübernahme der Verbindlichkeiten des nicht rechtsfähigen Vereins war dann zusätzlich von der Zustimmung der Gläubiger abhängig. Diese Konsequenzen wurden zum Teil durch die Annahme einer stillschweigenden Übernahme der Forderungen und Schulden ⁹⁶⁾ für die formlos möglichen Übertragungsakte abgeschwächt.

Zwar wurde im Vereinsrecht neben der vorstehend beschriebenen Ansicht auch schon früh der Einheitsgedanke für die Entstehungssituation des rechtsfähigen Vereins entwickelt ⁹⁷⁾; jedoch bestand eine Tendenz dahin, diese "Identität" mit Einschränkungen zu versehen, die mit einer konsequenten Durchführung des Einheitsgedankens nicht vereinbar sind. So sollte der rechtsfähige Verein für Verbindlichkeiten, die im Gründungsstadium eingegangen worden waren, nur nach Maßgabe von "nicht abzuweisenden Bedürfnissen" ⁹⁸⁾ haften und aus Rechtsgeschäften, die lediglich nur den Vereinsbetrieb des Vorvereins betrafen, nur dann verpflichtet sein, wenn er diese später nach Erlangung der

96) Neumann a.a.O. Fu. 95);

Oertmann BGB AT Bd. I Vorbem. vor § 21 Anm. 6 b) S. 87 bei Darstellung dieser (von ihm selbst nicht vertretenen) Ansicht.

97) RGZ 85, 256 (259);

auch schon bei Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 9 f dort Fu. 15

98) RG Seuff A 67 Nr. 171; auch wenn Oertmann (a.a.O. Fu. 96)⁹⁸⁾ diese Formulierung des Reichsgerichtes als "reichlich nebelhaft" bezeichnet, so hält er gleichfalls offenbar eine Einschränkung hinsichtlich der Schuldenhaftung für geboten.

Rechtsfähigkeit nach §§ 177 ff BGB genehmigte ⁹⁹⁾.

Auch bei anderen juristischen Personen war in der Vergangenheit die Beurteilung des Rechtsverhältnisses Vorgesellschaft / entstandene juristische Person von dem gedanklichen Ansatzpunkt geprägt, daß die von der Vorgesellschaft begründeten Rechte und Verbindlichkeiten im Regelfall nur Kraft eines ausdrücklichen Übernahmeaktes auf die entstandene juristische Person übergehen sollten und daß ein automatischer Übergang nur bei einer begrenzten Zahl von Rechtsgeschäften ausnahmsweise denkbar sein sollte.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes ¹⁰⁰⁾ zum Aktienrecht und zum GmbH-Recht sollten z.B. nur solche Rechte und Verbindlichkeiten von der Vorgesellschaft automatisch auf die entstandene Aktiengesellschaft bzw. Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergehen, die von der auf den Gründungszweck beschränkten Vertretungsmacht der Organe der Vorgesellschaft gedeckt waren. Im GmbH-Recht wurde jahrzehntelang dahingehend differenziert, ob es sich bei den von der Vor-GmbH begründeten Rechten und Verbindlichkeiten um notwendige Geschäfte handelte, die zur Entstehung der GmbH erforderlich waren oder um andersartige Geschäfte. Nur die notwendigen Geschäfte sollten automatisch auf die im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergehen, während der Übergang der andersartigen Geschäfte von einer nachträglichen Genehmigung der Gesellschaft analog §§ 177, 180 BGB abhängig sein sollte ¹⁰¹⁾. Auch im Genossenschaftsrecht wurde

99) Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor § 21 Rdz. 67.

100) RGZ 154, 276 (286); RGZ 151, 86 (91); RGZ 143, 368 (372); RGZ 134, 121 (122); RGZ 105, 228 (229); RGZ 83, 370 (373); RGZ 82, 288 (290).

101) BGHZ 53, 210 (212); BGHZ 65, 378 (383); BGH NJW 1973, 798;
Bartl/Henkes § 11 Rdz. 222.

bisher insbesondere der automatische Übergang von Verbindlichkeiten auf die entstandene Genossenschaft auf Verpflichtungen beschränkt, die der Herbeiführung der Eintragung in das Genossenschaftsregister und anderer notwendiger Geschäfte dienen¹⁰²⁾.

c) Die jüngeren Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur gehen demgegenüber bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses Vorgesellschaft - entstandene juristische Person dahin, den Identitätsgedanken bei der Entstehungssituation stärker zu betonen. Die Entwicklung geht in allen Bereichen zur Identitätsbetrachtung, jedoch ist sie für die angesprochenen Gebiete unterschiedlich stark ausgeprägt:

aa) Im Bereich des Aktienrechts bestimmt § 29 AktG, daß mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer die Gesellschaft errichtet ist. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG stellt fest, daß die Aktiengesellschaft als solche mit eigener Rechtsfähigkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister entsteht. Die Rechtsnatur der errichteten Aktiengesellschaft im Stadium bis zur Eintragung in das Handelsregister wird dahingehend beurteilt, daß sie nicht einer bestimmten Vereinigungsform des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts zugeordnet werden könne, vielmehr dem für ihre Organisationsform geltenden Sonderrecht des Aktienrechts unterstehe mit Ausnahme der erst durch die Eintragung zu erwerbenden Eigenschaften¹⁰³⁾.

102) BGHZ 17, 385 (390); BGHZ 20, 281 (286);
Lang/Weidmüller § 13 Anm. 2.

103) BAG NJW 1963, 680; BayObLG D AktG 1966, 132/133;
Barz in Großkommentar AktG § 29 Anm. 4; Godin-
Wilhelmi § 29 Anm. 4; Baumbach-Hueck AktG § 29
Rdz. 4 am Ende; Gessler AktG zu § 29; Dregger S. 69
ff; Dilcher JuS 1966, 89 (90); Kuhn WM 1957, 1142.

Die Frage nach dem Übergang der von der errichteten Aktiengesellschaft begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auf die entstandene Aktiengesellschaft wird im Aktienrecht besonders in der Literatur zum Teil unter dem Gesichtspunkt der Identität dahingehend beantwortet, daß es einer besonderen Übertragung dieser Rechte und einer besonderen Übernahme dieser Verbindlichkeiten nicht bedürfe, da die Gesellschaft vor und nach der Eintragung in das Handelsregister dieselbe bleibe ¹⁰⁴⁾. Die von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes vorgenommene Einschränkung dahingehend, daß ein automatischer Übergang nur solche Rechte und Verbindlichkeiten betreffen soll, die von der - beschränkten - Vertretungsmacht der handelnden Organe der errichteten Aktiengesellschaft gedeckt sind ¹⁰⁵⁾, hat in jüngerer Zeit durch die Rechtsprechung noch keine entscheidende Wende erfahren.

Die grundsätzlichen Gegner der Identitätstheorie ¹⁰⁶⁾ sind im Aktienrecht zahlreicher zu finden, da sie sich zur Rechtfertigung ihrer Ansicht auf die gesetzliche Norm des § 41 Abs. 2 AktG berufen. Nach dieser Vorschrift bedarf es unter bestimmten Voraussetzungen keiner Zustimmung des Gläubigers, wenn die Gesellschaft eine vor ihrer Eintragung in das Handelsregister in ihrem Namen eingegangene Verpflichtung durch Vertrag mit dem Schuldner in der Weise übernimmt, daß sie an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Die Möglichkeit einer Schuldübernahme schließt nach dieser Meinung schon be-

104) Dilcher JuS 1966, 89 ff; Müller-Erzbach S. 188 ff; Schreiber S. 65 ff; Feine S. 201 ff; Dregger S. 50 ff, 63 ff; Büttner S. 131 - 133.

105) vgl. Nachweise in Fu. 100).

106) Gadow JherJ 87, 245 (251 ff); Heim ZHR Bd. 108 (1941) S. 181 (192 ff); Barz in Großkommentar AktG § 41 Anm. 3 - 6; Würdinger Aktienrecht I. Teil 1. Kapitel § 21 IV S. 102/103; Georgakopoulos, Die Gründung der Aktiengesellschaft S. 147 ff; Brodmann Aktienrecht § 200 Anm. 1) a) u. b); Ritter § 34 Anm. 3) b); Godin-Wilhelmi § 41 Anm. 7.

griffsnotwendig die Annahme der Einheitstheorie aus. Gegen diese Argumentation wird wiederum eingewandt, daß die Macht des Gesetzes überschätzt würde, wenn das Gesetz es lediglich ablehne, gewisse rechtliche Folgerungen aus einer tatsächlich gegebenen Identität zu ziehen 107).

bb) Die im Werden begriffene Gesellschaft mit beschränkter Haftung - d.h. die Vereinigung im Stadium zwischen Unterzeichnung des notariell zu beurkundenden Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Handelsregister - wird in inzwischen ständiger Rechtsprechung als eine Organisation angesehen, die einem Sonderrecht untersteht; dieses Sonderrecht besteht aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen Gesellschaft - soweit es nicht die Eintragung in das Handelsregister für die Entstehung der juristischen Person voraussetzt 108). Auch die überwiegende Literaturmeinung hat sich inzwischen dieser Ansicht angeschlossen 109). Auch die mit Wirkung vom 1.1.1981 in Kraft getretene GmbH-Novelle hat insofern keine weitere gesetzliche Klarstellung zu § 11 GmbHG erbracht.

107) Müller-Erzbach S. 194 zu dem damaligen § 34 Abs. 2 AktG.

108) BGHZ 21, 242 ff; BGHZ 45, 338 (347 ff); BGHZ 51, 30 (32); BGHZ 72, 4548/49; BAG NJW 1963, 680; BayObLG NJW 1965, 2254.

109) Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien S. 36, 56 f; Feine S. 196 ff, 201; Hachenburg-Ulmer Großkommentar § 11 Rdz. 9; Bartl/Henkes § 11 Rdz. 217; Binz S. 156; anderer Ansicht noch Baumbach-Hueck § 11 Anm. 1 u. Flume in Festschrift für Geßler, 3 (S. 25, 28 f.).

Die jahrzehntelang praktizierte Unterscheidung in zur Entstehung der GmbH notwendige und andersartige Geschäfte hinsichtlich des Überganges der von der Vor-GmbH begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auf die im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister entstandene GmbH hatte ihren Grund in dem sog. Vorbelastungsverbot der entstandenen GmbH. Das Vorbelastungsverbot ist Ausdruck der Forderung, daß die GmbH wegen der durch den Gründungszweck begrenzten Vertretungsmacht der Geschäftsführer nur in solche vor ihrer Eintragung eingegangenen Verbindlichkeiten Kraft Gesetzes eintreten darf, die aus einem zu ihrer Entstehung rechtlich notwendigen Geschäft herrühren ¹¹⁰⁾. Darüberhinaus sollen nur solche Verpflichtungen automatisch auf die eingetragene GmbH übergehen, die sich bereits aus der Satzung der errichteten GmbH ergeben, wie z.B. die Passiva hinsichtlich eines nach § 5 Abs. 4 GmbHG eingebrachten Handelsgeschäftes ¹¹¹⁾. Der Kreis der übergangsfähigen rechtlich notwendigen Geschäfte wurde durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in der Folgezeit auf die wirtschaftlich notwendigen im Gründungsstadium abgeschlossenen Geschäfte erweitert ¹¹²⁾.

Inbesondere im Schrifttum wurde demgegenüber mit zunehmender Kritik des Vorbelastungsverbotes die These vertreten, daß Vorgesellschaft und GmbH nicht nur personell, sondern auch vermögensrechtlich eine Einheit bilden, also identisch sind und daher alle Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft ohne besondere Übertragungs-

110) z.B. Kuhn WM 1956 Sonderbeilage 5, 3 (4 f.).

111) BGHZ 45, 338 (343).

112) BGHZ 53, 210 (212); BGHZ 76, 320 (324).

akte auf die GmbH übergehen 113).

Die Rechtsprechung hat sich bis jetzt diesem Schrifttum zwar noch nicht endgültig angeschlossen, jedoch dürfte ein wesentlicher Impuls in diese Richtung durch die jüngsten Urteile des Bundesgerichtshofes vom 9.3.1981 114) und vom 16.3.1981 115) gegeben sein, mit denen die Forderung des Vorbelastungsverbot es endgültig aufgegeben wurde. Der BGH bringt in diesen Urteilen zum Ausdruck, daß es sich aus verschiedenen - im einzelnen näher ausgeführten - Gründen als notwendig erwiesen habe, sämtliche Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft, auch soweit sie aus nicht durch die Satzung gedeckten Geschäften stammten, nahtlos auf die GmbH übergehen zu lassen. Der Senat weist dabei darauf hin, daß das gesamte Aktivvermögen der Vorgesellschaft mit der Eintragung auf die GmbH übergehen müsse, da die Vorgesellschaft bei Eintragung der GmbH als Vermögensträger fortfällt und es weder sachgerecht noch praktikabel wäre, den Übergang mit dinglicher Wirkung auf die durch "notwendige Geschäfte" erworbenen Vermögensstücke zu beschränken. Mit dem automatischen Übergang des Aktivvermögens hält der BGH es nicht für vereinbar, einen bestimmten Kreis von Verbindlichkeiten von dem Übergang auf die eingetragene GmbH auszuschließen 116). Nach Ansicht des BGH soll es zwar dabei verbleiben, daß die

-
- 113) Dregger: Haftungsverhältnisse S. 50 ff, 63 ff; Feine S. 201 ff; Lieb in Der Betrieb 1970, 961 (967/968); Wiedemann JurA 1970, 439 (440/41); Dilcher JuS 1966, 89 (92 ff); Scholz GmbH-Rundschau 1956, S. 3 (4); ähnlich auch Büttner S. 130 ff (Kontinuität) und Hachenburg-Ulmer § 11 Rdz. 31 (Gesamtrechtsnachfolge bzw. Kontinuität).
- 114) BGHZ 80, 129 = Der Betrieb 1981, 1032 = GmbH-Rundschau 1981, 114 = NJW 1981, 1373 mit Anmerkungen Karsten Schmidt S. 1345 und Flume S. 1753.
- 115) BGH Der Betrieb 1981, 1036.
- 116) BGHZ 80, 129 (138).

Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Vorgesellschaft durch deren Zweck begrenzt ist und nicht identisch ist mit der umfassenden Vertretungsmacht der Geschäftsführer der eingetragenen GmbH nach §§ 35 ff GmbHG; die Differenzierung in notwendige und nicht notwendige Geschäfte wird jedoch ausdrücklich als untauglich qualifiziert.

Fleck ¹¹⁷⁾ bewertet die BGH-Rechtsprechung dahingehend, daß das Vorbelastungsverbot zugunsten eines lückenlosen Überganges der Rechte und Pflichten auf die eingetragene GmbH "i.S. einer Kontinuität" aufgegeben worden sei. In ähnlicher Weise werden die zuletzt zitierten jüngsten Urteile des Bundesgerichtshofes zum Teil als Bestätigung für die These aufgefaßt, daß die eingetragene GmbH das Vermögen der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernimmt ¹¹⁸⁾.

Eine solche Auslegung erscheint bedenklich unter dem Gesichtspunkt, daß eine Rechtsnachfolge den Wechsel des Rechtsträgers voraussetzt. Es wäre wünschenswert, daß die Rechtsprechung in Fortsetzung der maßgeblichen jüngsten Urteile zum GmbH-Recht die Rechtsnatur des "nahtlosen Überganges" sämtlicher Aktiva und Passiva von der Vorgesellschaft auf die eingetragene GmbH noch klarstellen würde ¹¹⁹⁾.

cc) Ebenso wie die beiden vorstehend behandelten juristischen Personen ist nach herrschender Ansicht die im Werden begriffene Genossenschaft eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der eingetragenen Genossenschaft

117) Fleck GmbH-Rundschau 1983, 5 (6).

118) Ulmer in ZGR (Heft 4) 1981, 593 (601 f).

119) vgl. im übrigen zusammenfassend zur Bedeutung der neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung Fleck a.a.O. Fu. 117).

und untersteht dem Recht der eingetragenen Genossenschaft mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen und derer, die durch spezielle Gründungsvorschriften ersetzt worden sind 120).

Bei der Rechtsform der Genossenschaft ist zunächst auffällig, daß sie der Rechtsform des Vereins wesentlich näher steht als die GmbH oder die Aktiengesellschaft. Gem. § 1 Abs. 1 GenG sind Genossenschaften Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken. Die Genossenschaften sind also von ihrer Struktur her wirtschaftliche Vereine, deren Zweck auf das spezielle Gebiet der Förderung der wirtschaftlichen Betätigung ihrer Mitglieder ausgerichtet sein muß. Darüberhinaus kennt das Genossenschaftsrecht auch die Rechtsform der nicht eingetragenen Genossenschaft, und zwar einmal als Übergangsstadium bei der Entstehung der eingetragenen Genossenschaft, wenn die Eintragung in das Genossenschaftsregister von vornherein beabsichtigt ist; zum anderen aber auch als Dauerlösung, vergleichbar mit dem nicht rechtsfähigen Verein, wenn die Eintragung gar nicht in Aussicht genommen wird 121).

Auch im Genossenschaftsrecht setzte sich ähnlich wie im Aktienrecht und im GmbH-Recht zunächst die Ansicht durch, daß zwar ein automatischer Übergang des Aktivvermögens auf die eingetragene Genossenschaft möglich sei, daß aber der Übergang der im Gründungsstadium eingegangenen

-
- 120) BGHZ 17,³⁸⁵ (391); BGHZ 20, 281 ff;
Klaus Müller Genossenschaftsgesetz Bd. I § 13 Rdz.
8 - 12; Lang/Weidmüller § 13 Anm. 2.
- 121) Klaus Müller Genossenschaftsgesetz Bd. I § 13 Rdz.
18, 19;
BGHZ 20, 281 (286).

Verbindlichkeiten einer ausdrücklichen Genehmigung der eingetragenen Genossenschaft bedürfe mit Ausnahme der Verpflichtungen, die der Herbeiführung der Eintragung und anderer notwendiger Geschäfte dienen¹²²⁾. Diese auf das Vorbelastungsverbot abstellende Rechtsprechung hat der BGH bis jetzt noch nicht ausdrücklich aufgegeben, jedoch dürfte dies nur eine Frage der Zeit sein, da die Abkehr vom Vorbelastungsverbot im GmbH-Recht nicht ohne Auswirkungen auf die anderen juristischen Personen des Handelsrechtes bleiben kann.

Im neueren Schrifttum wird für das Genossenschaftsrecht die Meinung vertreten, daß nicht nur die Rechte, sondern auch alle Verbindlichkeiten der nicht eingetragenen Genossenschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die eingetragene Genossenschaft übergehen¹²³⁾. Hierin ist zwar eine grundsätzliche Abkehr von der differenzierten Betrachtungsweise der bisher herrschenden Meinung zu erkennen, jedoch impliziert diese Ansicht wiederum die Vorstellung von zwei verschiedenen Rechtsträgern. Interessanterweise wird diese neuere Anschauung im Genossenschaftsrecht von den gleichen Erwägungen getragen, wie sie in den jüngsten Urteilen des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1981¹²⁴⁾ zum GmbH-Recht zu finden sind. Eine weitere Fortentwicklung der GmbH-Rechtsprechung zum Identitätsgedanken hin dürfte daher auch Konsequenzen und Auswirkungen für das Genossenschaftsrecht haben.

122) vgl. Nachweise in Fu.102).

123) Klaus Müller a.a.O. Fu. 121) § 13 Rdz. 15; auch Palandt-Heinrichs § 21 Anm. 2) b) am Ende, allerdings ohne ausdrückliche Einordnung als Gesamtrechtsnachfolge.

124) vgl. Nachweise in Fu. 114).

dd) Im Vereinsrecht hat sich inzwischen die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur für die Beurteilung des Verhältnisses von nicht rechtsfähigem (Vor-) Verein zum rechtsfähigen Verein für die Identitätstheorie entschieden.

(1) Der eingetragene bzw. konzessionierte rechtsfähige Verein ist nach dieser Ansicht voll identisch mit dem vormals nicht rechtsfähigen Verein. Es gibt keine Rechtsnachfolge durch den eingetragenen Verein. Es existieren nicht zwei verschiedene Rechtssubjekte, die einander ablösen. Vielmehr enthält der eingetragene Verein gleichzeitig den vormals nicht rechtsfähigen Verein ¹²⁵⁾. Das Vereinsvermögen steht daher dem rechtsfähig gewordenen Verein ohne weitere Übertragungsakte zu. Der eingetragene Verein haftet unterschiedslos für alle von dem Vorverein begründeten Verpflichtungen. Diese sog. Identitätstheorie des Vereinsrechtes gilt nicht nur für den Fall, daß der nicht rechtsfähige Verein von vornherein in der Absicht gegründet wird, alsbald die Rechtsfähigkeit anzustreben (Vorverein im engeren Sinne), sondern auch für den Fall, daß ein zunächst als nicht rechtsfähiger Verein gegründeter Verband sich später entschließt, die Rechtsfähigkeit zu erwerben ¹²⁶⁾.

125) RGZ 85, 256 (259); BGHZ 17, 385 (387); BGH WM 1978, 115 (116); Palandt-Heinrichs a.a.O. Fu. 94); Soergel-Schultze-v.Lasaulx a.a.O. Fu. 94) Rdz. 59 mit Einschränkungen vgl. Rdz. 65 ff; Staudinger-Coing a.a.O. Fu.94) Rdz. 34; Erman-Westermann a.a.O. Fu. 94) Rdz. 4; RGRK-Steffen a.a.O. Fu.94) Rdz. 10; MünchKomm-Reuter §§ 21,22 Rdz. 38 ff(4) Büttner S. 132/33 arbeitet ähnlich mit dem Gedanken der Kontinuität; vgl. auch S. 137 ff Abgrenzung zur "reinen" Identitätstheorie; Oertmann BGB AT S. 87/88; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 9 u. daselbst Fu. 15; Dilcher JuS 1966, 89 (95 am Ende auch für den rechtsfähigen Verein); Dregger S. 74/75 D; Friedrich a.a.O. Fu.55) Larenz AT a.a.O. Fu. 94) ; Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 42 ff; Reinhardt/Schultz: Gesellschaftsrecht § 28 Rdz. 330

126) BGH WM 1978, 115 (116); Larenz AT § 10 I c) S. 138; Reinhardt/Schultz a.a.O. Fu. 125); RGRK-Steffen a.a.O. Fu. 125).

(2) Vereinzelt wird im Schrifttum die Anwendung der Identitätstheorie im Vereinsrecht insoweit infragegestellt, als die Wirtschaftsvereine des § 22 BGB hiervon ausgenommen werden sollen ¹²⁷⁾. Nach dieser Ansicht muß bei einem wirtschaftlichen Verein ebenso wie bei den handelsrechtlichen Kapitalgesellschaften dem Umstand Rechnung getragen werden, daß die Gläubiger der juristischen Person mit einem bestimmten Haftungsvermögen rechnen und deshalb besonders schutzwürdig sind. Daraus soll folgen, daß der wirtschaftliche Verein nach Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Verleihung nur dann für Verbindlichkeiten haftet, die während der Dauer des Vorvereins für diesen oder für den werdenden rechtsfähigen Verein begründet worden sind, wenn der rechtsfähige Verein diese Verbindlichkeiten in entsprechender Anwendung der §§ 177 ff BGB genehmigt. Ohne Genehmigung würden nur die Verbindlichkeiten auf die juristische Person übergehen, die "notwendige Geschäfte" des Vorvereins darstellten ¹²⁸⁾.

Diese Ansicht stützt sich also darauf, daß das Vorbelastungsverbot, wie es im Bereich der handelsrechtlichen Kapitalgesellschaften ständig praktiziert wurde, auch im Vereinsrecht zumindest hinsichtlich der Wirtschaftsvereine des § 22 BGB Berücksichtigung finden müsse. Für die GmbH hat die Rechtsprechung inzwischen mit überzeugenden Gründen das Vorbelastungsverbot endgültig aufgegeben ¹²⁹⁾. Beim wirtschaftlichen Verein sind demgegenüber keine besondere Umstände erkennbar, die eine Beibehaltung des Vorbelastungsverbotes im Gegensatz zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der juristischen Personen des Handelsrechtes rechtfertigen könnten. Die

127) RGRK-Steffen a.a.O. Fu. 125).

128) auch Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 62.

129) Vgl. Nachweise Fu. 114).

Diskussion um das sog. Vorbelastungsverbot hatte bei den handelsrechtlichen Kapitalgesellschaften eine grössere Berechtigung, da der Gläubiger einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft mit dem ungeschmälernten Vorhandensein eines im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals rechnen und darauf vertrauen darf. Auch für diesen Bereich wurde allerdings schon früh die Auffassung vertreten, daß die Nichtanwendung der Identitätstheorie keinesfalls wirksam und effektiv das legitime Kapitalerhaltungsinteresse der Gläubiger schützen könne ¹³⁰⁾. Anders als bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der Aktiengesellschaft kann der Gläubiger eines Wirtschaftsvereines sich aber noch nicht einmal auf ein bestimmtes registerlich dokumentiertes Vermögen des Vereins verlassen, da das Gesetz keine diesbezüglichen Mindestvoraussetzungen vorschreibt.

Es bestehen daher keine überzeugenden Gründe dafür, den wirtschaftlichen Verein im Vereinsrecht in seiner Entstehung von der Anwendung der Identitätstheorie auszuschliessen.

(3) Die Argumente der Mindermeinung, die sich generell gegen die Identitätstheorie auch im Vereinsrecht aussprechen, stützen sich zum einen auf das bereits behandelte Vorbelastungsverbot des rechtsfähigen Vereins. Darüberhinaus bezeichnen die Gegner der konsequenten Identitätstheorie diese als unzureichend und uferlos ¹³¹⁾. Rein begrifflich soll schon eine Identität

130) z.B. Dilcher JuS 1966, 89 (92/93) für die GmbH.

131) Müller-Erzbach S. 190; gerade er vertritt aber im Ergebnis den konsequenten Einheitsgedanken von Vor- gesellschaft und juristischer Person, wenn auch mit abweichender, d.h. interessenjuristischer Begründung.

zwischen zwei Rechtsgebilden nach den elementarsten Grundsätzen der Logikwissenschaft ausgeschlossen sein 132). Auch die gesamthänderische Bindung des Vereinsvermögens vor Erlangung der Rechtsfähigkeit des Vereins wird als schwerwiegendes Hindernis empfunden 133).

(a) Die begriffslogische Kritik an dem Wort "Identität" ist dabei das am wenigstens beeindruckende Gegenargument. Die Behauptung, "das Aufwerfen des Identitätsproblems zeige nur an, daß eine spezifische Verschiedenheit gegeben sei, die möglicherweise nicht berücksichtigt werden solle" 134), geht von der Prämisse aus, daß es sich bei dem Vorverein und dem zeitlich späteren rechtsfähigen Verein um zwei verschiedene Rechtsgebilde handelt. Die Identitätstheorie will aber gerade verdeutlichen, daß schon im Ansatz keine unterschiedlichen Rechtsgebilde vorhanden sind. Wenn allerdings die Identitätstheorie dazu degradiert würde, daß sie nur als "Veranschaulichungsbild für die begriffliche Erfassung" dienen sollte, aus der keine Rechtsfolgen gezogen werden dürften 135), so wäre dem Kritiker darin Recht zu geben, daß sie wertlos und irreführend wäre. Davon kann aber keine Rede sein. Der Begriff der Identität enthält klare Aussagen zum Schicksal des Vereinsvermögens, der Forderungen und Verbindlichkeiten des Vorvereins bei Erlangung der Rechtsfähigkeit und stellt keine hohle Begriffsspielerei dar.

132) Horn NJW 1964, 86 ff (89); Rittner S. 105.

133) Enneccerus-Nipperdey § 107 VII S. 650; Wiedemann Juristische Analysen 70, 439 ff (443); von Tuhr BGB AT Bd. I S. 588/89.

134) Rittner a.a.O. Fu. 132).

135) so Beispiel bei Horn a.a.O. Fu. 132).

Bedauerlicherweise wird allerdings der Begriff der Identität zum Teil in einer Weise verwendet, die vermuten läßt, daß der betreffende Autor nicht gewillt ist, der von ihm ins Feld geführten Identität auch diese Aussagekraft zuteil werden zu lassen. So stellt z.B. Coing ¹³⁶⁾ das Verhältnis des zunächst existierenden nicht rechtsfähigen Vereins zu dem späteren eingetragenen Verein als nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung identisch dar, ohne eine eigene abweichende Meinung zu vertreten. Unter der Überschrift "Die Bedeutung der Identität" führt er dann fort: "Das Problem der Identität umfaßt im wesentlichen zwei Fragen". Hier stützt man. Wenn man gewillt ist, der Identitätstheorie zu folgen, so beantwortet doch diese Theorie die Fragen nach dem Schicksal des Vereinsvermögens und der Schulden des vorher nicht rechtsfähigen Vereins und erlaubt nicht mehr die Diskussion dieser Problemkreise mit denkbaren alternativen Ergebnissen. Diese sprachlichen Mißverständnisse könnten theoretisch darin eine Erklärung finden, daß zum Teil bei dem Gebrauch des Begriffes der Identität immer nur an den Verein als Personenverband gedacht wird, nicht auch als Vermögensträger und Schuldner.

(b) Als engagierter Gegner der Identitätstheorie versucht Horn ¹³⁷⁾ insbesondere nachzuweisen, daß - entgegen der allgemeinen Auffassung - weder die Rechtsprechung des Reichsgerichtes noch die des Bundesgerichtshofes letztlich auf dem Boden der Identitätstheorie gestanden habe bzw. stehe. Zwar befaßt sich Horn in seinen Ausführungen mit dem Problem der Vorgesellschaft allgemein, d.h. vor allem im Rahmen der Kapital-

136) Staudinger-Coing § 21 Rdz. 33, 34.

137) Horn NJW 1964, 86 ff.

gesellschaften, jedoch betont er ausdrücklich auch deren Unbrauchbarkeit und Nichtanerkennung durch die Rechtsprechung für das Vereinsrecht ¹³⁸⁾.

Es ist einzuräumen, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹³⁹⁾ den Gedanken der Identität nicht immer ohne jede Einschränkung konsequent durchgeführt hat. Fehlende Konsequenz muß aber nicht zwingend den Schluß rechtfertigen, daß damit auch der Ansatzpunkt entfielen.

Zumindest die jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich aber ohne Einschränkungen für die Identitätstheorie im Vereinsrecht entschieden ¹⁴⁰⁾. Horn führt hiergegen an, der BGH habe in seiner Entscheidung vom 16.6.1955 ¹⁴¹⁾ zwar gesagt, daß die Einheitstheorie im Vereinsrecht herrschend sei, nicht aber, daß er sich ihr anschliesse. Diese spitzfindige Differenzierung schränkt die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in unzutreffender Weise ein. Er stellt die Einheitstheorie im Vereinsrecht nicht nur in einem Nebensatz fest, sondern macht hierzu weitere Ausführungen. Wenn der Senat diesbezügliche Vorbehalte gehabt hätte, so wäre zu erwarten gewesen, daß er hierauf in einer kurzen Bemerkung eingegangen wäre. Eine solche auch nur ansatzweise In-Frage-Stellung der herrschenden Identitätstheorie im Vereinsrecht ist aber gerade nicht erfolgt. Die Kritik Horns an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Identitätstheorie dürfte zudem durch das jüngste Urteil des BGH vom 14.11.1977 ¹⁴²⁾ überholt sein. In diesem Urteil hat er

138) Horn a.a.O. Fu. 137) S. 89 am Ende.

139) RGZ 82, 288 (290); RGZ 85, 256 (259).

140) BGHZ 17, 385 (387); BGH WM 1978, 115 (116).

141) BGHZ 17, 385 (387).

142) = BGH WM 1978, 115 (116).

nicht nur die Grundsätze des Urteils aus dem Jahre 1955 bestätigt, sondern darüberhinaus auch noch einmal klargestellt, daß die Identitätstheorie auch dann gilt, wenn ein als nicht rechtsfähig gegründeter Verein erst später beschließt, die Rechtsfähigkeit zu erwerben.

d) Als Zwischenergebnis ist an dieser Stelle festzuhalten, daß nach ganz Überwiegender und Überzeugender Ansicht der entstandene rechtsfähige Verein personen- und vermögensrechtlich voll identisch ist mit dem vormals nicht rechtsfähigen Verein. Die Beurteilung der vergleichbaren Rechtslage im Bereich anderer juristischer Personen ist zwar nicht gleichermaßen eindeutig, jedoch besteht auch hier eine Tendenz zur Anwendung der reinen Identitätstheorie. Für den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit beim rechtsfähigen Verein, d.h. also für den umgekehrten Fall, liegt der Schluß nahe, daß dann auch für diesen Fall der Rückverwandlung des rechtsfähigen in einen nicht rechtsfähigen Verein die gleichen Grundsätze gelten müßten.

3) Doppelexistenz nicht rechtsfähiger Verein - rechtsfähiger Liquidationsverein als Folge einer analogen Anwendung des Liquidationsgebotes des § 47 BGB

Wie oben ¹⁴³⁾ näher beschrieben, führt die Anwendung der noch herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie nach dem Verzicht des rechtsfähigen Vereins auf die Rechtsfähigkeit zu einer Art Doppelexistenz des vor-

143) vgl. Ausführungen zu § 2 2. Abschnitt D II 2)
b) S. 36 - S. 41.

mals rechtsfähigen Vereins. Als Personenverband setzt sich der ursprünglich rechtsfähige Verein ohne Zäsur unmittelbar als nicht rechtsfähiger Verein fort, während als Vermögensträger daneben bis zum Abschluß der Liquidation noch der rechtsfähige Liquidationsverein existiert.

Die Notwendigkeit, welche dazu zwingt, die Doppelexistenz in Kauf zu nehmen, soll nach der noch herrschenden Meinung in § 47 BGB begründet sein. Nach dieser Vorschrift muß eine Liquidation stattfinden, wenn nicht das Vereinsvermögen an den Fiskus fällt. Die Begründung für die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Vorschrift ergibt sich für diese Ansicht daraus, daß der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als Unterfall des Auflösungsbeschlusses gem. § 41 BGB eingestuft wird und § 47 BGB als Rechtsfolge des Auflösungsbeschlusses zwingend anwendbar ist.

Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit stellt jedoch kein Minus gegenüber dem Auflösungsbeschluß dar, sondern ein aliud. Zwar ist beiden Maßnahmen gemeinsam, daß sie einen typischen Akt der Vereinsautonomie darstellen, jedoch sind die Unterschiede in Motivation und Zielsetzung so gravierend, daß die Gemeinsamkeit einen Erst-Recht-Schluß nicht rechtfertigt ¹⁴⁴⁾. Würde man das Liquidationsgebot des § 47 BGB auch bei diesem Ausgangspunkt für anwendbar halten, so könnte dies methodisch nur im Wege der Analogie erfolgen.

a) Regelungsbedürfnis (Gesetzeslücke)

Eine denkbare analoge Anwendung des § 47 BGB auf den Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit setzt zunächst ein entsprechendes Regelungsbedürfnis, d.h.

144) vgl. Ausführungen zu § 2.2. Abschnitt C III 3)
S. 24 - S. 26.

eine Gesetzeslücke, voraus.

aa) Rein sprachlich ist die Bestimmung des § 47 BGB nur verständlich, wenn sie im Sinnzusammenhang mit § 45 Abs. 1 BGB und § 46 BGB gelesen wird. Ein "Anfall des Vereinsvermögens" ist nur denkbar im Zusammenhang mit dem Verlust der Rechtsfähigkeit beim eingetragenen Verein, welcher in den §§ 41 ff BGB geregelt wird. Nach § 45 Abs. 1 BGB erfolgt dieser Anfall "mit der Auflösung des Vereins", d.h. also im Fall des § 41 BGB sowie "mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit", d.h. also im Fall des § 43 BGB. Auch § 50 BGB nimmt für die Bekanntmachungspflicht der Liquidatoren noch einmal Bezug auf die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit. Die Eröffnung des Konkurses als Grund für den Verlust der Rechtsfähigkeit - § 42 BGB - wird an dieser Stelle nicht genannt, da das Konkursrecht bereits Spezialregeln für die Liquidation der Konkursmasse zur Verfügung stellt; auch wird in diesem Fall im Vereinsregister nicht der Verlust der Rechtsfähigkeit eingetragen, sondern stattdessen der Rechtsgrund, nämlich die Tatsache der Konkurseröffnung ¹⁴⁵⁾.

Demnach ordnet also § 47 BGB für die in den §§ 41, 43 BGB genannten Fälle zwingend eine Liquidation an, die nach den §§ 48 - 53 BGB durchzuführen ist. Innerhalb dieser Sachverhalte wiederum wird eine Liquidation vom Gesetzgeber nicht gefordert, soweit gem. § 45 Abs. 3 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen der Fiskus der Anfallberechtigte des Vermögens ist; hier gilt nach § 46 BGB Gesamtrechtsnachfolge.

145) Staudinger-Coing § 42 Rdz. 3; §§ 74 Abs. 1, 75 BGB.

Da der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nicht zu den in den §§ 41 - 43 BGB aufgeführten Fällen gehört, seine Zulässigkeit vielmehr erst im Wege der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt worden ist, kann nach dem Wortlaut des Gesetzes § 47 BGB auf ihn keine direkte Anwendung finden.

bb) Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers des § 47 BGB ging dahin, für die Fälle der Vollbeendigung des rechtsfähigen Vereins klare Verhältnisse zu schaffen. Da bei dem Erlöschen einer juristischen Person keine natürliche Person als Rechtsnachfolger i.S. der §§ 1922, 1967 BGB zur Verfügung steht, sollte insbesondere zum Schutze Dritter der Zweck verfolgt werden, die Abwicklung in geordnete Bahnen zu lenken; dadurch sollte eine Benachteiligung Vereinsfremder so weit wie möglich ausgeschlossen werden.

Auch im Falle des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit könnten solche Regelungen - mit welchem Inhalt auch immer - getroffen werden, um zum Schutze Dritter zu verhindern, daß etwa die Mitgliederversammlung des Vereins die Rechtsfolgen eines Rechtsfähigkeitsverzichtes selbst regeln und gestalten könnte.

cc) Aufgrund des Gesetzeswortlauts des § 47 BGB unter Berücksichtigung der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Regelungsabsicht und dem damit verfolgten Zweck muß also davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber - hätte er den Fall des Rechtsfähigkeitsverzichtes bedacht - auch Regelungen hinsichtlich seiner Rechtsfolgen getroffen hätte. Nach der Definition von Larenz¹⁴⁶⁾ liegt damit eine Regelungslücke innerhalb des Regelungszusammenhanges des Gesetzes selbst vor, d.h.

¹⁴⁶⁾ Larenz Methodenlehre S. 358.

also eine Gesetzeslücke, eine "planwidrige Unvollständigkeit" ¹⁴⁷⁾ des Gesetzes. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dabei um eine - der allgemeinen Terminologie folgend - offene ¹⁴⁸⁾ oder echte ¹⁴⁹⁾ Lücke, da der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nicht als Unterfall der Vereinsauflösung einzustufen ist.

b) Ähnlichkeit des geregelten und des nicht regelten Sachverhaltes

Die Analogie als das rechtsmethodische Mittel zur Beseitigung einer offenen Gesetzeslücke ¹⁵⁰⁾ würde voraussetzen, daß der Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit den in den §§ 41 - 43 BGB geregelten Fällen ähnlich ist und daß infolge dieser Ähnlichkeit die Tatbestände aufgrund des Gerechtigkeitsgebotes, Gleichartiges gleich zu behandeln, auch gleich zu bewerten sind ¹⁵¹⁾. Diese Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des Liquidationsgebotes des § 47 BGB auf den Fall des Rechtsfähigkeitsverzichtes bedürfen eingehender Untersuchung.

aa) Die Konstellation der Doppelexistenz von nicht rechtsfähigem Verein und rechtsfähigem Liquidationsverein als Rechtsfolge der herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie wird zum Teil mit dem Argument begründet, daß es sich in Wahrheit doch nur um einen Verein handle, dem die Rechtsfähigkeit in

147) Larenz a.a.O. Fu. 146) mit Hinweis auf Elze - dort Fu. 16 -; Soergel-Hefermehl Anhang zu § 133 Rdz. 12; Canaris S. 16; Klug Festschrift Nipperdey I S. 71 ff.

148) Larenz, Methodenlehre S. 362.

149) Klug a.a.O. Fu. 147) S. 71.

150) Palandt-Heinrichs Einleitung VI 4 b) bb) vor § 1.

151) Soergel-Hefermehl Anhang zu § 133 Rdz. 13; Larenz, Methodenlehre S. 366; Staudinger-Coing Einleitung Rdz. 156 vor § 1.

der einen Beziehung zugesprochen, in der anderen jedoch versagt werde ¹⁵²⁾. Gierke führt hierzu das Beispiel an, daß auch dann, wenn der nicht rechtsfähige Verein verklagt werde und für den Prozeß als rechtsfähig gelte, nicht zwei Vereine nebeneinander stünden.

Dieses Argument vermag nicht recht zu befriedigen. Gierke versucht das "eigenthümliche Verhältniß" der Doppelexistenz dadurch zu nivellieren, daß er die Auswirkungen der Doppelexistenz als geringfügig abwertet und eine Aufspaltung des vormals rechtsfähigen Vereins leugnet. Er vernachlässigt die unterschiedlichen Aufgaben und Ziele des nicht rechtsfähigen Personenverbandes und des rechtsfähigen Liquidationsvereines und versucht dadurch, künstlich eine Einheit herzustellen, die in dieser Form nicht vorhanden ist.

Die Aufgabe der Liquidatoren des rechtsfähigen Liquidationsvereines besteht gem. § 49 Abs. 1 S. 1 BGB darin, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuß den Anfallberechtigten auszuantworten. Die Übertragung des Überschusses auf den nicht rechtsfähigen Verein kann frühestens nach Ablauf des Sperrjahres gem. § 51 BGB erfolgen. Erst wenn dies geschehen ist, ist die Liquidation beendet und der rechtsfähige Liquidationsverein hört völlig auf zu bestehen ¹⁵³⁾. Auch der nicht rechtsfähige Personenverband kann während des Fortbestandes des rechtsfähigen Liquidationsvereines, d.h. also mindestens bis zum Ablauf des Sperrjahres,

152) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 9 dort Fu. 13.

153) Staudinger-Coing § 49 Rdz. 19.

wieder eigenes Vermögen in Form von Mitgliederbeiträgen etc. ansammeln, welches nicht in die Liquidationsmasse fällt. Hinsichtlich der vorhandenen Vermögensmassen hätte der Verein dann eine gespaltene Rechtspersönlichkeit, die unter Einbeziehung der personenrechtlichen Seite letztlich sogar drei Teilbereiche während des Liquidationsstadiums erkennen ließe.

Nach § 48 Abs. 1 S. 2 BGB können zu Liquidatoren auch andere Personen als der Vorstand bestellt werden. Es wäre also denkbar, daß die Geschäftsführung und Vertretung des rechtsfähigen Liquidationsvereines durch Liquidatoren wahrgenommen wird, die nicht personenidentisch mit den Vorstandsmitgliedern sind, die für den nicht rechtsfähigen Personenverband handeln. Bei solch möglichen Verwicklungen ist es schwer vorstellbar, daß es sich dabei noch um denselben Verein handeln soll, der nur mit dem Mangel behaftet ist, zum Teil rechtsfähig und zum anderen Teil nicht rechtsfähig zu sein.

Das von Gierke angeführte Beispiel, daß auch beim Passivprozeß des nicht rechtsfähigen Vereins nicht zwei Vereine nebeneinander stünden, ist mit dem Liquidationsstadium des rechtsfähigen Vereins nicht vergleichbar. Die passive Parteifähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins gem. § 50 Abs. 2 ZPO stellt eine prozessuale Erleichterung für den klagenden Gläubiger dar, welche mit der gesetzlichen Differenzierung gem. § 49 Abs. 2 BGB nichts zu tun hat. Es ist nicht denkbar, daß sich bei einem nicht rechtsfähigen Verein - ausgelöst durch einen Passivprozeß - verschiedene Vertretungsorgane oder verschiedene Vermögenszuständigkeiten bilden könnten.

Es bleibt daher dabei, daß die Konsequenz der noch herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie letztlich eine Art Doppelexistenz von nicht rechtsfähigem Personenverband und rechtsfähigem Liquidationsverein notwendig macht. Diese Doppelexistenz stellt für den unbefangenen Betrachter eine recht unpraktikable und umständliche Behandlung eines Sachverhaltes dar, die nur dann einsichtig wäre, wenn hierfür gewichtige Gründe vorlägen. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es nämlich auch, für auftauchende Probleme möglichst klare, einfache und praktikable Lösungen zu finden.

bb) Die §§ 48 - 53 BGB regeln die Liquidation des Vermögens eines Vereins, der nach Auflösung - § 41 BGB - oder unfreiwilligem Verlust der Rechtsfähigkeit - §§ 42, 43 BGB - seiner Beendigung zugeführt wird. Gedankliche Voraussetzung ist dabei, daß ein aufgelöster oder der Rechtsfähigkeit beraubter Verein notwendig beendet wird. Diese Unterstellung kommt auch im Gesetz selbst zum Ausdruck, wie z.B. in § 49 Abs. 2 BGB, wo es heißt, daß der Verein bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend gilt.

(1) Auch für den Gesetzgeber stellten sich die Probleme im Zusammenhang mit dem Ende der juristischen Person zunächst nur als Probleme des "Erlöschens" der Körperschaft dar. So heißt es z.B. in den Motiven zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches: "Das Erlöschen der Körperschaft kann nicht zur Folge haben, daß die in dem Körperschaftsvermögen zusammengeschlossenen Rechte und Verbindlichkeiten untergehen, die zu diesem Vermögen gehörenden Sachen herrenlos werden. Die Rechtsordnung hat dafür zu sorgen, daß eine geeignete, die Interessen der Gläubiger wahrende Überleitung des

Vermögens auf andere Personen eintritt" 154).

Der Text des 1. Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 (E I) enthielt in den §§ 47 - 49 155) keine einzeln aufgeführten Erlöschensgründe, da die Autoren die Auffassung vertraten, auch der Verlust der Rechtsfähigkeit solle -ebenso wie der Erwerb - landesrechtlich geregelt werden 156). Erst nach Aufgabe dieser Ansicht sah der dem Reichstage 1896 vorgelegte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (E III) einzelne Auflösungsgründe vor, bei denen aber nicht zwischen der Auflösung und den Fällen der Entziehung der Rechtsfähigkeit unterschieden wurde. Der E III (§§ 39, 40, 70) sprach auch in den Fällen der §§ 42, 43, 73 BGB von der Auflösung des Vereins 157).

In diesen Fällen nahm der Entwurf also unterschiedslos eine völlige Auflösung an 158). Die terminologische Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit wurde erst durch die Reichstagskommission eingeführt; allerdings wurde diese Unterscheidung als nur "redaktionell" bezeichnet 159).

(2) Diese Bewertung der Reichstagskommission als reine redaktionelle Änderung wirkt irritierend. Nach der vorstehend wiedergegebenen Entstehungsgeschichte könnte man davon ausgehen, daß die Unterscheidung ganz bewußt aus sachlichen Gründen vorgenommen worden ist, und zwar aus der Erkenntnis heraus, daß die Gründe, die zum Verlust der Rechtsfähigkeit führen, nicht notwendig den

154) Motive I AT S. 109/110.

155) Entwurf 1. Lesung Amtliche Ausgabe S. 8/9.

156) Staudinger-Coing § 41 Rdz. 1 i.V.m. 11. Auflage § 41 Rdz. 1.

157) Planck Bd. I § 41 Anm. 1.

158) Oertmann AT § 42 Anm. 1 a).

159) Staudinger-Coing 11. Auflage § 41 Rdz. 3.

Verein auflösen, wenn er als nicht rechtsfähiger Verein weiter existieren will ¹⁶⁰⁾. So ist es denkbar und auch zulässig, daß in den Fällen der §§ 42, 43 BGB der Verein als nicht rechtsfähiger Verein fortgeführt wird. Im Fall des § 42 BGB kann zumindest durch Fortsetzungsbeschluß außerhalb des Konkurszweckes der Verein als nicht rechtsfähiger Verein fortgeführt werden; wird das Konkursverfahren durch Schlußverteilung oder Zwangsvergleich beendet oder gem. §§ 202, 204 KO eingestellt, so lebt die durch die Konkurseröffnung verlorene Rechtsfähigkeit zwar nicht wieder auf, doch kann in der Satzung bestimmt werden, daß sich der Verein in diesem Fall als nicht rechtsfähiger Verein fortsetzt ¹⁶¹⁾. Nach einer weitergehenden Ansicht ist der Wille zum Fortbestand des Vereins im Zweifel auch beim Schweigen der Satzung anzunehmen ¹⁶²⁾. Wird dem Verein nach § 43 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen, so berührt dies den Verein in seinem Fortbestand grundsätzlich nicht; die Fortdauer des Vereins als nicht rechtsfähiger Verein kann von vornherein durch die Satzung festgesetzt sein oder durch einen nachfolgenden Fortsetzungsbeschluß der Mitgliederversammlung herbeigeführt werden ¹⁶³⁾. Auch hier wird die Ansicht vertreten, daß beim Schweigen der Satzung im Zweifel Fortbestand anzunehmen ist ¹⁶⁴⁾.

160) so Planck a.a.O. Fu. 157).

161) RG JW 1935, 3636 ff;
RGRK-Steffen § 42 Rdz. 3; Erman-H.Westermann § 42 Rdz. 1.

162) OLG Hamburg HRR 1933 Nr. 1634; RG JW 1936, 2063 Nr. 2; Staudinger-Coing § 42 Rdz. 6; Palandt-Heinrichs § 42 Anm. 2); MünchKomm-Reuter § 42 Rdz. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 13.

163) RGRK-Steffen § 43 Rdz. 1; Erman-H.Westermann § 43 Rdz. 2 i.V.m. § 41 Rdz. 1.

164) MünchKomm-Reuter § 42 Rdz. 1; Palandt-Heinrichs § 43 Anm. 1) i.V.m. § 42 Anm. 2).

Wenn die Reichstagskommission eine reale Überlebenschance für einen nach dem Entzug der Rechtsfähigkeit fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein gesehen hätte, so hätte sie die vorgenommene Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit allerdings nicht nur als "redaktionell" bezeichnen dürfen. Es liegt daher die Vermutung nahe, daß sie die Unterscheidung als bedeutungslos empfand, da man die Vorstellung hatte, es komme letztlich doch immer auch in den Fällen des bloßen Entzugs der Rechtsfähigkeit zu einer Vollbeendigung des Vereins sowohl in vermögens- als auch in personenrechtlicher Hinsicht.

(3) Diese Vermutung wird dadurch verstärkt, daß man bei einer Betrachtung der einzelnen Gründe für den Verlust der Rechtsfähigkeit gem. §§ 42, 43, 73 BGB Zweifel daran haben muß, ob der Fortbestand als nicht rechtsfähiger Verein wahrscheinlich und realistisch ist:

Ist der Verein überschuldet, d.h. vermögensmäßig "am Ende", so daß der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt werden muß, so ist es äußerst fragwürdig, ob die Mehrheit der Mitglieder bereit ist, vermögensmäßig von dem Nullpunkt aus die in der Satzung des rechtsfähigen Vereins enthaltenen Ziele und Aufgaben weiterhin als nicht rechtsfähiger Verein zu verfolgen.

Wird einem Verein gem. § 43 Abs. 1 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen, so muß er durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet haben. Es wirkt zunächst befremdlich, daß der Gesetzgeber bei diesen Voraussetzungen als Sanktion nur die Entziehung der Rechtsfähigkeit vorsieht und nicht die Auflösung anordnet. Besteht der Verein in diesem Fall als nicht rechtsfähiger Verein fort, so ist der

bloße Verlust der Rechtsfähigkeit kein geeignetes Mittel, das gemeinwohl-schädliche Verhalten zu unterbinden 165). Reuter 166) ist hierzu der Ansicht, daß sich dieser Widerspruch nur dadurch erklären ließe, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf § 54 Abs. 1 BGB größere und damit potentiell für das Gemeinwohl gefährliche Körperschaften ohne Rechtsfähigkeit für praktisch lebensunfähig hielt. Der Fortbestand als nicht rechtsfähiger Verein trotz gemeinwohlschädlichen Verhaltens kann im Übrigen durch Auflösungsanordnung in einer Verbotsverfügung aufgrund des öffentlichen Vereinsrechtes gem. Art. 9 Abs. 2 GG i.V.m. § 3 VereinsG verhindert werden; der Entziehungstatbestand des § 43 Abs. 1 BGB wird also selten praktisch.

Wird einem eingetragenen Idealverein gem. § 43 Abs. 2 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen, weil sein Zweck entgegen der Satzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, so ist ein Fortbestand als nicht rechtsfähiger Verein aus handelsrechtlichen Gründen nicht denkbar. Bei Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks müßte die Vereinigung wegen des numerus clausus der handelsrechtlichen Vereinigungsformen notwendig unter eine dieser Vereinigungsformen subsumiert werden; im Zweifel wäre sie daher der Grundform der handelsrechtlichen Vereinigungen zuzuordnen und müßte als offene Handelsgesellschaft mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen insbesondere in haftungsrechtlicher Hinsicht angesehen werden. Wollen die Mitglieder der Vereinigung diese Konsequenz im Anschluß an die Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht hinnehmen, so müssen sie unverzüglich jede wirtschaftliche Betätigung einstellen und den Verband der Vollbeendigung zuführen. Das gleiche

165) MünchKomm-Reuter §§ 43, 44 Rdz. 1.

166) Reuter a.a.O. Fu. 165).

gilt auch bei dem Entziehungstatbestand des § 43 Abs. 4 BGB für den konzessionierten Verein, der einen anderen - wirtschaftlichen - als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt.

Wird einem eingetragenen Idealverein gem. § 73 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen, weil nur noch ein Mitglied oder zwei Mitglieder vorhanden ist bzw. sind, so hat sich der Verein offenbar selbst überlebt. Es wäre unrealistisch, in diesem Fall einen Fortbestand als nicht rechtsfähigen Verein für möglich zu halten. Ist nur noch ein Mitglied vorhanden, so kann es sich schon aus rechtlichen Gründen nicht mehr um einen Verein handeln, da es an einem freiwilligen Zusammenschluß von mindestens zwei Personen zur Verfolgung gemeinschaftlicher Zwecke ¹⁶⁷⁾ fehlt. Die körperchaftliche Struktur ist dann nicht mehr gegeben. Beim Vorhandensein von zwei Mitgliedern dürfte zumindest aus praktischen Gründen ein Fortbestand kaum zu erwarten sein. Das Amtsgericht kann nämlich von der Entziehung der Rechtsfähigkeit absehen, wenn aufgrund einer begründeten Erklärung des Vorstandes mit einer alsbaldigen Vermehrung der Mitgliederzahl zu rechnen ist ¹⁶⁸⁾. Wird also die Rechtsfähigkeit einem nur noch aus zwei Mitgliedern bestehenden Verein entzogen, so muß man davon ausgehen, daß diese Glaubhaftmachung nicht gelungen ist und eine Erhöhung der Mitgliederzahl in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.

167) Palandt-Heinrichs § 21 Anm. 2) a).

168) Staudinger-Coing § 73 Rdz. 2; RGRK-Steffen § 73 Rdz. 1; MünchKomm-Reuter § 73 Rdz. 2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 73 Rdz. 3; Enneccerus-Nipperdey § 113 II 2; a.A.: Planck Bd. I § 73 Anm. 1.

(4) Coing ¹⁶⁹⁾ geht davon aus, daß die von der Reichstagskommission eingeführte Unterscheidung von Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit lediglich im Hinblick auf das öffentliche Vereinsrecht erfolgt sei. Mit Rücksicht auf das öffentliche Vereinsrecht habe die Reichstagskommission an die Stelle der Auflösung in den §§ 43, 73 BGB die Entziehung der Rechtsfähigkeit gesetzt, da es dem öffentlichen Vereinsrecht vorbehalten sein sollte, die Entstehung bzw. die Auflösung der Vereine zu bestimmen, während das BGB nur den Erwerb und den Verlust der Rechtsfähigkeit ordnen sollte.

Auch diese Interpretation der Entstehungsgeschichte spricht dafür, daß der Gesetzgeber mit der vorgenommenen Unterscheidung von Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht zum Ausdruck bringen wollte, daß er nunmehr dem nach Entzug der Rechtsfähigkeit fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein eine echte Überlebenschance zuerkennen wollte.

(5) Festzuhalten bleibt daher, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ableiten läßt, daß der Gesetzgeber trotz der terminologischen Unterscheidung zwischen Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit in allen Fällen unterschiedslos eine letztendliche Vollbeendigung des Vereins vor Augen gehabt hat. Nur so ist es erklärlich, daß ohne Differenzierung für alle vom Gesetz behandelten Fälle des Verlustes der Rechtsfähigkeit die Notwendigkeit der Liquidation gem. § 47 BGB angeordnet wurde. Da der freiwillige Verzicht auf die Rechtsfähigkeit von seiner Motivation und Interessenrichtung her im krassen Gegensatz zu dem gesetzgeberischen Leitbild der Vollbeendigung des Vereins steht,

169) Staudinger-Coing § 41 Rdz. 14.

ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte kein Anhaltspunkt dafür, daß zwischen den gesetzlich geregelten Sachverhalten und dem Sachverhalt des Rechtsfähigkeitsverzichtes eine Ähnlichkeit festzustellen ist.

cc) Auch aus einem weiteren Grund liegt die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber einem fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein nach dem Entzug der Rechtsfähigkeit keine praktische Bedeutung beigemessen hat.

(1) Gem. § 54 S. 1 BGB finden auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Mit § 54 S. 1 BGB wollte der Gesetzgeber bewußt eine für nicht rechtsfähige Vereine äußerst ungünstige Bestimmung treffen, um die Vereine auf diese Weise mittelbar zu zwingen, sich zwecks Erlangung der Rechtsfähigkeit der Kontrolle des Registergerichtes - § 21 BGB - oder der Aufsichtsbehörden - § 22 BGB - zu unterwerfen. Damit sollte einmal die politische Zielsetzung verfolgt werden, den unerwünschten Dauerorganisationen, insbesondere den Arbeitnehmergewerkschaften, das Leben schwer zu machen. Die weitere Zielsetzung ging dahin, mit § 54 BGB Verkehrs- und Gläubigerinteressen wirksam dadurch zu schützen, daß bei leicht feststellbarer fehlender Eintragung im Vereinsregister die Gläubiger darauf vertrauen sollten, daß ihre Forderungen gegenüber dem Verein letztlich auch durch das gesamte Privatvermögen der Mitglieder abgesichert seien ¹⁷⁰⁾. Erklärlich sind diese damaligen Wunschvorstellungen des Gesetzgebers in der Tat nur dadurch, daß der historische Gesetzgeber von 1896 dem Wunsch seiner Bürger nach der Bildung von Vereinen mißtrauisch und ablehnend gegenüber stand und von dieser Grundeinstellung her etwa das System der freien Körperschaftsbildung

170) Habscheid AcP 155, 376 (379 f.); Staudinger-Coing § 54 Rdz. 2.

für völlig undenkbar hielt 171).

(2) Angesichts dieser bewußten Benachteiligung und Schlechterstellung des nicht rechtsfähigen Vereins ging die Vorstellung des Gesetzgebers also dahin, daß es jedem nicht rechtsfähigen Verein äußerst erstrebenswert erscheinen müsse, die Rechtsfähigkeit zu erlangen, um die persönliche Haftung der Mitglieder auszuschließen und die Vermögensbildung zu erleichtern. Konsequenterweise muß dann auch der Gesetzgeber in den Fällen der §§ 41 - 43 BGB für die aufgelösten oder der Rechtsfähigkeit beraubten Vereine keine reelle Überlebenschance gesehen haben. Nach seiner Vorstellung konnte ein Verein, der bereits in den Genuß der Rechtsfähigkeit gekommen war, nicht mehr ernsthaft bereit sein, im Zustand der Nichtrechtsfähigkeit weiter zu existieren. Nur so ist es zu erklären, daß in den §§ 48 - 53 BGB, beschränkt auf die vermögensrechtliche Seite, die Beendigung dieser Vereine als selbstverständliche Konsequenz der Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit geregelt worden ist. Betrachtet man einmal den Aufgabenkatalog der Liquidatoren in § 49 Abs. 1 BGB, so zielt alles darauf ab, den Verein aus seinen satzungsmässigen Alltagsgeschäften herauszulösen, Forderungen und Verbindlichkeiten zu neutralisieren, und ihn so gegenüber der Außenwelt zu beenden. Es ist schwierig vorstellbar, daß der Gesetzgeber dann für den verbleibenden Personenverband angesichts der Endgültigkeit der vorzunehmenden Maßnahmen eine realistische Chance zur Weiterexistenz offenlassen wollte.

Aus diesem Grunde passen auch die Liquidationsvorschriften nach ihrem Tatbestand nicht auf den Fall, daß ein Verein

171) Stoll RG - Festschrift II S. 61; Habscheid a.a.O. Fu. 170).

nur begrenzt auf seine Rechtsfähigkeit verzichtet, im übrigen aber zulässigerweise fortbestehen will. Der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung, die "ratio legis", die nach Larenz ¹⁷²⁾ Maßstab für die Beurteilung der Frage sein muß, ob zwei Sachverhalte die für den Analogieschluß erforderliche Ähnlichkeit besitzen, geht dahin, daß ein Verein nach Verlust der Rechtsfähigkeit - in den vom Gesetzgeber bedachten Fällen - letztlich immer der Vollbeendigung zustrebt. Der Auflösungsbeschluß nach § 41 BGB impliziert diese Intention schon von der Natur der Sache her. Beim unfreiwilligen Verlust der Rechtsfähigkeit nach §§ 42, 43 BGB muß der Gesetzgeber diesen Gang der Dinge gleichfalls für die wahrscheinlichste, zumindest aber für die wünschenswerteste Entwicklung gehalten haben, die mit dem kompromißlosen Liquidationsgebot des § 47 BGB auch zur zwangsläufigen Entwicklung gemacht werden sollte, und zwar im übergeordneten Interesse, nämlich zum Gläubigerschutz. Es entspricht ganz herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung, daß die Liquidationsvorschriften in erster Linie Schutzvorschriften zugunsten der Vereinsgläubiger sind ¹⁷³⁾. Dies ergibt sich auch deutlich aus § 49 Abs. 1 S. 3 BGB.

Die Gläubigerbefriedigung kann aber sinnvollerweise nur dann Liquidationszweck sein, wenn ohne Durchführung einer Liquidation dieselbe gefährdet sein könnte, weil der Verband sich danach sowohl in personen- als auch in vermögensrechtlicher Hinsicht auflöst. Dieser Grundgedanke der Vollbeendigung des rechtsfähigen Vereins steht aber geradezu im Gegensatz zu dem Tatbestand des isolierten Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit. Im letzteren Fall ist

172) Larenz, Methodenlehre S. 366/367.

173) BAG in Der Betrieb 1971, 483.
MünchKomm-Reuter §§ 45 - 47 Rdz. 3; Soergel-Schultze-
v. Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 3, § 47 Rdz. 6 i;
Staudinger-Coing § 47 Rdz. 4.

der Verein nicht ausgerichtet auf eine Auflösung der bestehenden Ordnung, sondern will unter Beibehaltung des satzungsmässigen Zwecks und des vorhandenen Vermögens seine Betätigung fortsetzen. Eine Ähnlichkeit dieses Tatbestandes mit den in §§ 41 - 43 BGB vorausgesetzten Tatbeständen ist daher nicht gegeben.

dd) Ebenso wie sich bis jetzt keine Ähnlichkeit zwischen den gesetzlich geregelten Fällen des Verlustes der Rechtsfähigkeit und dem nicht geregelten Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit hat feststellen lassen, ist auch kein Bedürfnis erkennbar für die Anwendung des Gerechtigkeitsgebotes, Gleichartiges gleich zu behandeln durch analoge Anwendung der §§ 48 - 53 BGB.

(1) Die Anwendung der Liquidationsvorschriften hat zur Folge, daß - abgesehen vom Sonderfall des § 46 BGB - das Vermögen des aufgelösten oder der Rechtsfähigkeit beraubten Vereins an die in § 45 BGB bzw. in der Vereinsatzung genannten Personen übergeht, welche hierauf lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch erwerben. Dadurch wird einmal sichergestellt, daß das Vereinsvermögen nicht "herrenlos" wird und eine "geordnete Überleitung" ¹⁷⁴⁾ auf andere Personen eintritt. Die Anfallberechtigten stellen weiterhin ein notwendiges Zuordnungsobjekt für das Vereinsvermögen dar, welches vorher in der juristischen Person selbst gegeben war und nun ersetzt werden muß. Insofern haben die Anfallberechtigten eine Art "Auffangfunktion", die die Konsequenzen im Zusammenhang mit dem Ende der juristischen Person ausgleichen soll. Soweit als irgend möglich sind jedoch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verein und den Anfallberechtigten auf ein

174) vgl. Motive I AT S. 109/110.

Minimum reduziert, da die Anfallberechtigten nicht die Funktion eines Gesamtrechtsnachfolgers übernehmen sollen. Gesamtrechtsnachfolger können die Anfallberechtigten deshalb nicht sein, weil im Rahmen des § 45 BGB kein automatischer Vermögensübergang wie bei § 46 BGB stattfindet, sondern Einzelrechtsnachfolge durch Einzelübertragung des (versilberten) Vermögens.

(2) Denkbare Persönlichkeitsrechte des Vereins wie Zeichen-, Urheber- oder Erfinderrechte können nur insoweit auf die anfallberechtigten Personen übergehen, als sie einen vermögensrechtlichen Einschlag haben, andernfalls gehen sie unter ¹⁷⁵⁾.

(3) Für Vermögensschulden haften die anfallberechtigten Personen aus keinem Rechtsgrund, und zwar weder nach § 419 BGB ¹⁷⁶⁾ noch nach § 812 BGB ¹⁷⁷⁾, wenn die Verteilung des Vermögens an sie unter Beachtung der Liquidationsvorschriften erfolgt ist, so daß hierin der Rechtsgrund für die Ausschüttung zu sehen ist. Dies ist auch logisch nur möglich, weil sie nur etwas erhalten, wenn zuvor alle Schulden getilgt sind. "Anfall" des Vermögens bedeutet nur die Entstehung einer schuldrechtlichen Forderung der Berechtigten gegen den nunmehrigen Liquidationsverein auf das nach Befriedigung der Vereinsgläubiger verbleibende Vermögen des rechtsfähigen Vereins.

175) Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 45 Rdz. 3; Staudinger-Coing § 45 Rdz. 1.

176) RGZ 92, 77 (82); Palandt-Heinrichs § 45 Anm. 2; Erman-H.Westermann § 45 Rdz. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 45 Rdz. 11; Staudinger-Coing § 45 Rdz. 3 a; MünchKomm-Reuter §§ 45 - 47 Rdz. 3.

177) RGZ 124, 210 (214) zu § 73 GmbHG; Heinrichs, H. Westermann, Schultze-v.Lasaulx, Coing und Reuter a.a.O. Fu. 176).

(4) Die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der anfallberechtigten Personen hat zur Folge, daß in den §§ 48 - 53 BGB sichergestellt werden muß, daß das Ende der juristischen Person nicht zu einer Benachteiligung der Vertragspartner des Liquidationsvereins führen darf; insbesondere soll gewährleistet werden, daß den Berechtigten das Vereinsvermögen erst dann übertragen wird, wenn zuvor die Vereinsgläubiger voll befriedigt worden sind.

(5) Für die Anwendung der Liquidationsvorschriften als Schutzvorschriften zugunsten der Vereinsgläubiger auch auf den Fall des Rechtsfähigkeitsverzichtes fehlt also deshalb ein Bedürfnis, weil der beabsichtigte und unbestreitbar notwendige Gläubigerschutz viel einfacher und unkomplizierter auf andere Weise erreicht werden kann, nämlich durch konsequente Durchführung der uneingeschränkten Identitätstheorie auch in vermögensrechtlicher Hinsicht. Wenn rechtsfähiger Verein und nicht rechtsfähiger Verein nach dem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nicht nur in personenrechtlicher, sondern auch in vermögensrechtlicher Hinsicht voll identisch sind, ändert sich für den Gläubiger am Haftungsobjekt nichts.

(a) Der Gläubiger hat unverändert die Möglichkeit, seine Ansprüche gegenüber dem Verein geltend zu machen und - wenn erforderlich - auch gerichtlich durchzusetzen.

Dem Gläubiger erwächst dadurch keinerlei Nachteil, da der nicht rechtsfähige Verein in dem Rechtsstreit die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat, d.h. parteifähig ist gem. § 50 Abs. 2 ZPO. Auch die Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen ist im Falle eines Leistungsurteils unverändert gegeben - § 735 ZPO - 178).

178) Stöber, Vereinsrecht Rdz. 291 S. 216.

Der Schuldner verwandelt sich lediglich von einer juristischen Person in eine nicht rechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft, wodurch dem Gläubiger also im Rahmen der Rechtsverfolgung seiner Ansprüche nicht einmal praktische Schwierigkeiten entstehen.

(b) Der Gläubiger ist allerdings nicht gezwungen, seine Ansprüche gegen den Verein als solchen geltend zu machen. Er kann stattdessen auch nach ganz herrschender Meinung ¹⁷⁹⁾ sämtliche Vereinsmitglieder in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit verklagen. § 735 ZPO verlangt nicht einen Titel gegen den Verein als zwingende Voraussetzung für eine Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen, so daß auch aufgrund eines auf eine gesamthänderische Klage gegen alle Mitglieder hin ergangenen Urteils in das Vereinsvermögen vollstreckt werden kann.

Die Gegenansicht ¹⁸⁰⁾ geht davon aus, daß § 50 Abs. 2 ZPO die "gesetzliche Regel" darstelle und mit dieser Vorschrift der Weg gewiesen sei, wie Streitigkeiten mit einem nicht rechtsfähigen Verein auszutragen seien. Dies überzeugt nicht. Die §§ 50 Abs. 2, 735 ZPO wollen die Rechtsverfolgung für Dritte nur erleichtern, jedoch keine zusätzlichen Erfordernisse aufstellen; die alternative Klagemöglichkeit gegen sämtliche Vereinsmitglieder sollte dem Vereinsgläubiger dadurch nicht genommen werden. Das der Mindermeinung zugrunde liegende Urteil des OLG Naumburg datiert zudem vom 11.4.1902 und hat in späterer Rechtsprechung - soweit ersichtlich - keine weitere Unterstützung mehr erfahren.

179) Nussbaum ZZP Bd. 34, 107 (147); Erman-H.Westermann § 54 Rdz. 10; Staudinger-Coing § 54 Rdz. 12; Weimar MDR 1975, 288 b); Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 54 Rdz. 11.

180) OLG Naumburg Seuff A. N. F. Bd. 57 Nr. 146 S. 265/266.

Wenn der Gläubiger des nicht rechtsfähigen Vereins also ein Wahlrecht hat, ob er gegen den Verein selbst oder gegen alle Vereinsmitglieder in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit vorgehen will, so läßt sich zumindest formell von einer Erweiterung seiner Rechte sprechen.

Der Gläubigerschutzgedanke, welcher den §§ 48 - 53 BGB zugrunde liegt, erfordert demnach keine analoge Anwendung auf den Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit.

ee) Stöber ¹⁸¹⁾ weist in diesem Zusammenhang zu Recht auch noch auf ein anderes Argument hin, welches die Überflüssigkeit der Liquidation verdeutlicht.

Nach herrschender Meinung kann ein Auflösungsbeschluß nach § 41 BGB jederzeit rückgängig gemacht werden und die Fortsetzung des alten rechtsfähigen Vereins mit Erhaltung der Identität beschlossen werden ¹⁸²⁾. Der Anspruch eines Anfallberechtigten auf das Vereinsvermögen kann noch bis zur Beendigung der Liquidation durch Satzungsänderung vernichtet werden ¹⁸³⁾. Während eines Liquidationsverfahrens kann jederzeit die Fortsetzung des Vereins als nicht rechtsfähiger Verein beschlossen werden ¹⁸⁴⁾. In all diesen Fällen wird es den Vereinsmitgliedern erlaubt, in ein bereits eingeleitetes und

181) Stöber a.a.O. Fu. 178).

182) LG Frankenthal Rechtspfleger 1955, 106; Stöber, Vereinsrecht Rdz. 271; Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor §§ 41 - 53 Rdz. 22 - 24; Erman-H.Westermann § 41 Rdz. 3.

183) RGZ 169, 65 (82); Stöber, Vereinsrecht Rdz. 276; Staudinger-Coing § 45 Rdz. 6; Erman-H.Westermann § 45 Rdz. 1; Palandt-Heinrichs § 45 Anm. 2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 45 Rdz. 10.

184) RGRK-Steffen § 49 Rdz. 5; Soergel-Schultze-v. Lasaulx a.a.O. Fu. 182).

laufendes Liquidationsverfahren rechtsgestaltend einzugreifen. Daher liegt der Schluß nahe, daß die Vereinsmitglieder dann auch den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit unter Wahrung der Identität des Verbandes unter Ausschluß der Liquidation beschließen können ¹⁸⁵⁾, weil sie hier nur etwas von vornherein beschliessen, was sie sonst hinterher beschliessen dürfen und würden.

ff) Die sich bei Anwendung der Liquidationsvorschriften zwangsläufig ergebende Doppelexistenz von nicht rechtsfähigem Verein einerseits und rechtsfähigem Liquidationsverein andererseits wird u.a. in der Literatur auch durch Hinweis auf ähnliche Rechtsinstitute unserer Rechtsordnung gerechtfertigt.

Die Argumentation Coings ¹⁸⁶⁾ geht dahin, daß das Vereinsvermögen des bisherigen rechtsfähigen Vereins gegenüber dem fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein nur im Gläubigerinteresse verselbständigt werde, indem es der Sonderverwaltung der Liquidatoren unterstehe; die Besonderheit sei hier nur, daß dieser Teilvermögensverwaltung eigene Rechtsfähigkeit zukomme. Diese Rechtslage soll aber keineswegs ungewöhnlich sein, da sie auch sonst im Recht vorkomme, wie z.B. im Rahmen der Nachlaßverwaltung.

Diese Beschreibung des Liquidationsvereins als "Sonderverwaltung eines Teils des Vereinsvermögens" gibt für die bessere Verständlichkeit der Doppelexistenz nichts her. Die Berufung auf das Gläubigerinteresse wäre nur

185) so insbesondere Stöber a.a.O. Fu. 178).

186) Staudinger-Coing § 41 Rdz. 15 a.

dann stichhaltig, wenn ohne die Sonderverwaltung der Liquidatoren die Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung bestünde. Dies ist aber gerade nicht der Fall, da bei konsequenter Durchführung der Identitätstheorie auch in vermögensrechtlicher Hinsicht dem Gläubiger ein unverändertes Haftungsobjekt erhalten bleibt und sich in prozessualer Hinsicht seine Möglichkeiten - zumindest formell - erweitern.

Die von Coing aufgezeigte Parallele zur Nachlaßverwaltung vernachlässigt weiter die Tatsache, daß die Nachlaßverwaltung für den Erben vor allem auch ein Mittel zur Haftungsbeschränkung ist ¹⁸⁷⁾. Im Erbrecht dient die Nachlaßverwaltung zum Schutz der Erben gegen die Gläubiger. Im Vereinsrecht hingegen soll die Sonderverwaltung der Liquidatoren zum Schutz der Gläubiger und zur Sicherung ihrer Rechte gegen den Schuldner durchgeführt werden. Die Interessenlage der Beteiligten bei der Nachlaßverwaltung im Erbrecht einerseits und beim Liquidationsverfahren im Vereinsrecht andererseits sind unterschiedlich und nicht vergleichbar. Die unterschiedliche Interessenlage wird auch durch den Gesetzgeber anerkannt. Gem. § 1975 BGB beschränkt sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet ist. Dem Erben wird damit die Möglichkeit eröffnet, durch Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung gem. § 1981 Abs. 1 BGB den Nachlaßgläubigern weitere Zugriffe auf sein Privatvermögen zu verwehren. Die zwingende Anordnung einer Liquidation im Vereinsrecht hat demgegenüber zum Ziel, dem Vereinsgläubiger

187) Palandt-Keidel § 1975 Anm. 1); Erman-Schlüter vor § 1975 Rdz. 2.

ein fortexistierendes, greifbares Haftungsobjekt zu erhalten; die Beschränkung einer möglichen Erweiterung der Gläubigerrechte - wie bei der Nachlaßverwaltung - steht hier nicht zur Diskussion. Bei Anordnung der Liquidationsbestimmungen hat der Gesetzgeber nicht das Ziel vor Augen gehabt, dem rechtsfähigen Verein im Falle des Verlustes seiner Rechtsfähigkeit gem. §§ 41 - 43 BGB haftungsrechtlich eine Vorzugsstellung einzuräumen; das Gegenteil ist vielmehr der Fall.

Es bleibt also festzuhalten, daß auch die von Coing herangezogene Parallele zur Nachlaßverwaltung zum besseren Verständnis der Notwendigkeit einer Liquidation keinen Beitrag leisten kann. Wenn man die Liquidationsvorschriften der §§ 48 - 53 BGB analog auch auf den Fall des isolierten Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit anwenden wollte, so würde auch in diesem Fall dadurch ein Nebeneinander von verschiedenen Rechtssubjekten mit und ohne Rechtsfähigkeit herbeigeführt werden, welches zu unbefriedigenden Ergebnissen führt.

gg) Abgesehen von dem fehlenden Bedürfnis für eine analoge Anwendung der Liquidationsvorschriften muß man sogar unter interessenorientierten Gesichtspunkten zu dem Ergebnis kommen, daß die Anwendung der §§ 48 - 53 BGB für alle Beteiligten im Gegenteil im höchsten Maß interessenwidrig wäre, und zwar sowohl für den Verein selbst als auch für die Vereinsgläubiger.

Bei Durchführung der Liquidation müßte zunächst das gesamte Vereinsvermögen in Geld umgesetzt werden, sodann müßten die Gläubiger daraus befriedigt werden und erst der nach Befriedigung der Gläubiger verbleibende Über-

schuß dürfte an den anfallberechtigten nicht rechtsfähigen Verein verteilt werden - § 49 Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB -. Für die Umsetzung des Vermögens in Geld müßten die Liquidatoren gem. § 49 Abs. 1 S. 1 BGB dabei insbesondere alle laufenden Geschäfte beenden, d.h. alle Geschäfte, die während des Bestehens des Vereins abgeschlossen worden und noch nicht vollständig erledigt sind ¹⁸⁸⁾. Eine Erleichterung hat der Gesetzgeber in § 49 Abs. 1 S. 3 BGB insofern vorgesehen, als die Einziehung der Forderungen sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld unterbleiben darf, soweit diese Maßregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind.

(1) In Befolgung dieser Vorschriften müßte also z.B.

ein Verein, der auf seine Rechtsfähigkeit verzichtet hat, als Liquidationsverein einen bestehenden Mietvertrag über das Vereinslokal, Büroräume etc. kündigen, obwohl der weiterbestehende nicht rechtsfähige Verein die gemieteten Räume in genau dem gleichen Umfang und unter den gleichen Bedingungen in Anspruch nehmen will. Auch im Rahmen des § 49 Abs. 1 S. 3 BGB kann die Beendigung der laufenden Geschäfte keinesfalls unterbleiben, da eine Befreiung hiervon nicht zu den in § 49 Abs. 1 S. 3 BGB aufgezählten Erleichterungen für die Liquidatoren gehört ¹⁸⁹⁾. Denkbar wäre zwar, daß der insoweit rechtsfähige Liquidationsverein die Kündigung ausspricht, der daneben bestehende nicht rechtsfähige Personenverband aber gleichzeitig eine Übernahme des Mietverhältnisses zu erreichen versucht, indem er dem Vermieter ein Angebot zum Abschluß eines Mietvertrages

188) Erman-H.Westermann § 49 Rdz. 1; Palandt-Heinrichs § 47 Anm. 1; RGRK-Steffen § 49 Rdz. 1.

189) Staudinger-Coing § 49 Rdz. 10.

mit den gleichen Konditionen unterbreitet. Ist der Vermieter mit dieser Auswechselung seines Vertragspartners einverstanden, würden sich daraus auch keine Unverträglichkeiten ergeben 190).

Der geschäftstüchtige Vermieter könnte aber diese Situation möglicherweise in doppelter Hinsicht zu seinem Vorteil ausnutzen: Bestand mit dem rechtsfähigen Verein ein langfristiges Mietverhältnis, so könnte er die einverständliche Aufhebung dieses Mietvertrages von der Zahlung einer Entschädigung abhängig machen, die letztlich den Liquidationsüberschuß schmälern und sich zu Lasten des anfallberechtigten nicht rechtsfähigen Vereins auswirken würde. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem nicht rechtsfähigen Verein könnte der Vermieter dann von der Zahlung eines höheren Mietzinses abhängig machen (den durchzusetzen er sonst keine rechtliche Handhabe gehabt hätte), da rechtlich ein neuer Mietvertrag abgeschlossen wird. Der finanzielle Vorteil, der dem Vermieter auf diesem Wege zugute kommen könnte, dürfte zwar seinem subjektiv-eigennützigen Interesse entsprechen, kann aber bei der Auswertung der beteiligten Interessen nicht als schützenswertes Interesse berücksichtigt werden. Um in dem angeführten Beispiel zu bleiben, müßte zur Vollständigkeit noch darauf hingewiesen werden, daß der nicht rechtsfähige Verein bei "Übernahme" des Mietverhältnisses auch noch ein praktisches, d.h. finanzielles Handikap zu überwinden hätte. Das Vereinsvermögen, d.h. der Liquidationsüberschuß, könnte dem nicht

190) Der Hinweis des Reichsgerichtes in seiner Entscheidung vom 27.11.1941 (HRR 42 Nr. 257 am Ende), daß die Liquidatoren ein Pachtverhältnis vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nicht notwendig durch vorzeitige Kündigung lösen müßten, ist wenig hilfreich. Die vom Reichsgericht aufgezeigte Alternative der Aufhebung des Pachtverhältnisses im beiderseitigen Einvernehmen, unter Umständen auch stillschweigend, löst den Konflikt nur unter der nicht erzwingbaren Voraussetzung, daß alle Beteiligten sich einig sind.

rechtsfähigen Verein frühestens nach Ablauf des Sperrjahres - § 51 BGB - ausgeantwortet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt würde der nicht rechtsfähige Verein noch kein eigenes Vermögen besitzen und wäre als einzige Einnahmequelle auf die Mitgliederbeiträge angewiesen, welche die Vereinsmitglieder des nicht rechtsfähigen Personenverbandes erbringen. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins im Hinblick auf die einzugehende Mietzinsverpflichtung wäre dadurch sehr infrage gestellt.

Unabhängig von dem vorstehend angeführten Beispiel muß man die Situation für den Verein nach dem Verzicht auf die Rechtsfähigkeit während der nach der noch herrschenden Meinung durchzuführenden Liquidation wie folgt beschreiben:

Frühestens nach Ablauf des Sperrjahres dürfte das überschüssige, in Geld umgesetzte Vereinsvermögen auf den nicht rechtsfähigen Verein übertragen werden. Bis zu diesem Stichtag ist der Verein praktisch vermögenslos und kann den sich in der Satzung selbst gegebenen Vereinszweck nur insoweit verfolgen, als dadurch keine größeren finanziellen Ausgaben verursacht werden. Er wird also meistens zur Untätigkeit gezwungen sein. Ein wirtschaftlicher Verein - § 22 BGB - könnte den Vereinszweck unter diesen Umständen gar nicht verfolgen und wäre damit praktisch geschäftlich tot. Der rechtsfähige Verein dürfte demgegenüber während des Sperrjahres nur die Rechtsgeschäfte vornehmen, die im Geschäftskreis des Liquidationszweckes liegen, da nur insoweit die Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereines nach § 49 Abs. 2 BGB bestehen bleibt. Der ursprünglich werbende Vereinszweck dürfte also auch nicht etwa durch den Liquidationsverein verfolgt werden.

(2) Aber auch den - seriösen - Vereinsgläubigern kann an der Durchführung eines Liquidationsverfahrens nicht gelegen sein. Es entspricht nicht ihren Interessen, "ausbezahlt" zu werden, sie wollen vielmehr weiterhin mit dem Verein in Geschäftsverbindung bleiben. Gerade die gesicherte Weiterführung langfristiger Dauerschuldverhältnisse muß für sie interessanter sein als die Entgegennahme einer Abfindung, verbunden mit der Notwendigkeit, unter Umständen nach neuen Vertragspartnern Ausschau halten zu müssen. Die Durchführung einer Liquidation könnte für die Gläubiger nur dann interessengerecht sein, wenn sie bei fehlender Liquidation in irgendeiner Form benachteiligt wären. Dies ist aber bei Anwendung der reinen Identitätstheorie gerade nicht der Fall.

(3) Verkürzt dargestellt bedeutet dies also:

Der über das Vereinsvermögen verfügungsberechtigte Liquidationsverein ist nicht mehr zur Verfolgung des werbenden Vereinszweckes legitimiert. Der hierfür legitimierte nicht rechtsfähige Personenverband ist an der Verfolgung des Vereinszweckes mangels Vermögen gehindert. Diese Situation widerspricht vollständig den Interessen und dem Willen der Vereinsmitglieder, die den Verein gerade unter Wahrung seiner Identität in einer anderen Rechtsform fortsetzen wollen und weder den Vereinszweck beenden noch das Vereinsvermögen liquidieren wollen ¹⁹¹⁾.

hh) Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wäre die Nichtdurchführung eines Liquidationsverfahrens die sauberste und interessengerechteste Lösung für alle Beteiligten.

191) Stöber, Vereinsrecht Rdz. 291.

(1) Ist der weiterbestehende nicht rechtsfähige Verein voll identisch mit dem vormals rechtsfähigen Verein, so bleiben alle Vertragsbeziehungen sowie alle vermögensrechtlichen und immateriellen Rechte und Verpflichtungen des Vereins unverändert erhalten. Weder für die daraus Berechtigten noch für die daraus Verpflichteten könnte es zu Zweifeln über den Fortbestand ihrer Rechte und Pflichten und über den jeweiligen Vertragspartner kommen.

Will man dem nicht rechtsfähigen Verein mit der herrschenden Meinung nur eine eingeschränkte Identität zubilligen, so wäre jeder Eintritt des nicht rechtsfähigen Vereins in bestehende Verträge als Auswechselung des Vertragspartners von der Zustimmung aller Beteiligten, insbesondere also des Vereinsfremden, in dessen Belieben und Willkür die Zustimmung gestellt wäre, abhängig¹⁹²⁾. Aus der Sicht des Vereins wäre dieser Zustand unerträglich, während der Vereinsfremde kein legitimes Interesse an dem Bestand einer solch starken Rechtsposition haben dürfte. Nach der hier vertretenen Ansicht wird ihm ja kein "neuer" Gläubiger bzw. Schuldner aufgezwungen, sondern es tritt ihm nach wie vor eine körperschaftlich strukturierte Organisationseinheit gegenüber, deren mangelnde Rechtspersönlichkeit auf die Vertragsbeziehungen letztlich weder rechtlich noch praktisch Einfluß nimmt.

Der Bestand, die Höhe und die Sicherheit des Vereinsvermögens, welches aus der Sicht des Vereinsfremden maßgeblich für sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen zu dem Verein ist, ist in jedem Fall abhängig von der entsprechenden Qualifikation des geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Organs, des Vereinsvorstandes. Hierauf hat der Vereinsgläubiger aber unabhängig von der Rechtsform seines Vertragspartners keinen

192) Palandt-Heinrichs § 398 Anm. 4.

Einfluß.

(2) Bei Anwendung der eingeschränkten Identitätstheorie wird zwangsläufig eine Rechtsunsicherheit insoweit provoziert, als bei stillschweigender Fortsetzung bestehender Vertragsbeziehungen jeder der Beteiligten die Möglichkeit hätte und der Versuchung ausgesetzt wäre, bei entsprechender Gelegenheit plötzlich die Wirksamkeit der von der herrschenden Meinung anzunehmenden konkludent abgeschlossenen Eintrittsverträge in Frage zu stellen. Diese von der herrschenden Meinung in Kauf genommene Rechtsunsicherheit ist bei Anerkennung der vollen Identität zwischen rechtsfähigem und nicht rechtsfähigem Verein ausgeschlossen.

(3) Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit läßt schliesslich auch noch unter einem weiteren Blickwinkel einen Analogieschluß beim Verzicht auf die Rechtsfähigkeit zu § 47 BGB interessenwidrig erscheinen. Wird die Notwendigkeit einer Liquidation verneint, so führt dies dazu, daß der fortbestehende nicht rechtsfähige Verein auch nach Ablauf des Sperrjahres - § 51 BGB - weiterhin für die Verbindlichkeiten des vormals rechtsfähigen Vereins haftet, lediglich begrenzt durch die allgemeinen Verjährungsvorschriften. Gerade diese Konsequenz dürfte aber kein Argument für die Notwendigkeit der Liquidation darstellen ¹⁹³⁾, da sonst der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit mißbräuchlich dazu verwandt werden könnte; in Ausnutzung der Konsequenzen der noch herrschenden Meinung Vereinsgläubiger zu schädigen bzw. ihnen die

193) so aber offenbar Planck Bd. I § 41 Anm. 1 S. 102: "bedenkliches Resultat"; allerdings nicht speziell für den Fall des Rechtsfähigkeitsverzichtes, sondern allgemein für den Fortbestand als nicht rechtsfähiger Verein nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit; auch geht Planck noch von der persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung der Vereinsmitglieder für Vereinsverbindlichkeiten aus.

Rechtsverfolgung ihrer berechtigten Ansprüche zu erschweren.

(4) Die Befürchtung eines rechtsmißbräuchlichen Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit, um die Entziehung derselben zu unterlaufen ¹⁹⁴⁾ erscheint in diesem Zusammenhang allerdings unverständlich.

Droht die Entziehung der Rechtsfähigkeit, so wird durch den freiwilligen Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nur das Ergebnis vorweggenommen, welches sich sonst bei Durchführung des gerichtlichen Verfahrens sowieso ergeben würde. Das Schicksal des fortbestehenden nicht rechtsfähigen Vereins wird sodann davon abhängig sein, welcher Entziehungsgrund im Einzelfall relevant war.

Drohte z.B. die Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 Abs. 2 BGB wegen wirtschaftlicher Betätigung des Vereins, so ist der "nicht rechtsfähige Verein" als wirtschaftliches Unternehmen einer der handelsrechtlichen Vereinigungsformen zuzuordnen. Wegen des numerus clausus der vom Handelsrecht zur Verfügung gestellten Rechtsformen muß er jedenfalls zwingend unter einer der handelsrechtlichen Vereinigungsformen subsumiert werden. Als Grundform und Auffangtatbestand käme dabei die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft in Betracht, deren Gesellschafter unbeschränkt und persönlich für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haften - § 128 HGB -, Je nach Struktur der Vereinigung könnte auch die Rechtsform der Genossenschaft in Frage kommen.

Drohte die Entziehung nach § 43 Abs. 1 BGB wegen einer Gefährdung des Gemeinwohls, so ist auch der fortbe-

194) Reichert-Dannecker-Kühr Rdz. 826.

stehende nicht rechtsfähige Verein den öffentlich rechtlichen Angriffsmöglichkeiten des Staates nach dem Vereinsgesetz unterworfen und würde sich durch einen Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nicht etwa die sanktionslose Fortsetzung gemeinwohlschädlichen Verhaltens ermöglichen können.

Sinkt die Mitgliederzahl des rechtsfähigen Vereins unter drei, so wird sich in den seltensten Fällen ein aus zwei Vereinsmitgliedern fortbestehender nicht rechtsfähiger Verein feststellen lassen. Vielfach werden die verbleibenden zwei Mitglieder stattdessen als echte Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff BGB oder - je nach Gesellschaftszweck - als offene Handelsgesellschaft nach §§ 105 ff HGB einzustufen sein, wenn nicht sowieso schon die Beendigung des Vereins wegen Wegfalls aller Mitglieder in Betracht kommt.

Droht der Verlust der Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses - § 42 BGB -, so ändert der vorweggenommene Verzicht auf die Rechtsfähigkeit nichts an der wirtschaftlichen Situation und der Konkursreife des Vereins; auch der nicht rechtsfähige Verein ist konkurs- und vergleichsfähig gem. § 213 KO, § 108 VerglO.

ii) Auch die auf S. 40/41 dargestellte abgeschwächte eingeschränkte Identitätstheorie vermag die Notwendigkeit einer analogen Anwendung des § 47 BGB auf den Rechtsfähigkeitsverzicht nicht zu begründen. Die vorgenommenen Einschränkungen vermögen nur zum Teil die vorstehend dargelegten unbefriedigenden Konsequenzen der noch herrschenden Meinung abzumildern und zu entschärfen. Der falsche gedankliche Ansatzpunkt bleibt im Kern unangetastet und lediglich die als unglücklich

erkannten Auswirkungen werden korrigiert. Im Grunde genommen wird dabei folgendermaßen argumentiert:

Einerseits soll die reine Identitätstheorie deshalb nicht zum Zuge kommen, weil der Schutz der Vereinsgläubiger im Hinblick auf die vollständige Erhaltung und Sicherstellung des Vereinsvermögens die Anwendung der Liquidationsvorschriften der §§ 48 - 53 BGB erforderlich machen soll. Andererseits wird zugegeben und auch erkannt, daß diese Liquidationsvorschriften insgesamt eigentlich gar nicht passen. Um die Anwendung der Liquidationsvorschriften zumindest verbal und formal noch zu retten, flüchtet man in die sog. "vereinfachte Liquidation". Unklar bleibt dabei, welche Anforderungen an diese vereinfachte Liquidation zu stellen sind. Die denkbaren komplizierten Einzelaktionen stellen letztlich nur eine frei erfundene Regelung dar, welche bestenfalls zu einem Ergebnis führen kann, welches sich bei uneingeschränkter Anwendung der reinen Identitätstheorie von selbst automatisch und rechtssicher ergibt, daß nämlich der fortbestehende nicht rechtsfähige Verein die Position des rechtsfähigen Vereins in vollem Umfang fortsetzt. Zu Recht muß diese abgeschwächte eingeschränkte Identitätstheorie daher als "sinnlose Förmerei" ¹⁹⁵⁾ abgelehnt werden.

c) Es bleibt also festzuhalten, daß die festgestellte Gesetzeslücke hinsichtlich der Regelung der vermögensrechtlichen Konsequenzen des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit beim rechtsfähigen Verein nicht durch analoge Anwendung des § 47 BGB geschlossen werden kann, sondern

195) so Stöber a.a.O. Fu. 191).

nur durch Anwendung des reinen Identitätsgedankens, wie er für den umgekehrten Fall der Entwicklung des nicht rechtsfähigen Vereins zum rechtsfähigen Verein bereits zur herrschenden Meinung geworden ist.

4) Motive und Ursachen der noch herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie

Zum Schluß sei auch noch ein Gesichtspunkt hervorgehoben, der sich auf die Motive und Ursachen der noch herrschenden eingeschränkten Identitätstheorie bezieht.

Der Standpunkt der herrschenden Lehre ist zu einem Zeitpunkt entwickelt worden, als im Vereinsrecht für die Entstehung des rechtsfähigen Vereins die Identitätstheorie noch nicht voll entwickelt worden war. Die eingeschränkte Identitätstheorie schleppt unverkennbar noch Reminiszenzen einer Idee von zwei verschiedenen Rechtssubjekten mit sich, die als längst überholt angesehen werden muß ¹⁹⁶⁾. Nach Fortentwicklung und Ausbildung des Identitätsgedankens für die Entstehungsfrage des rechtsfähigen Vereins hat man dennoch starr den Liquidationsgedanken festgehalten und lediglich versucht, durch bestimmte einschränkende Mechanismen das Liquidationsgebot zu entschärfen, ohne zu erkennen, daß sich der Ausgangspunkt dieser Lehre grundlegend verändert hat. Letztlich handelt es sich dabei um die unkontrollierte "Forttschreibung" von Theorien; deren Grundlagen sich unbemerkt verändert haben, ohne daß hieraus die notwendigen Konsequenzen gezogen werden.

196) vgl. Ausführungen zu § 2 2. Abschnitt D III 1) a) S. 43 - 48.

Am deutlichsten läßt sich dies wohl bei den Ausführungen von Reuter ¹⁹⁷⁾ feststellen. Reuter weist zu Recht darauf hin, daß der Fortbestand eines Vereins nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit in den §§ 47 ff BGB deshalb nicht geregelt worden sei, weil nach den Vorstellungen des Gesetzgebers wegen der bewußten Diskriminierung des nicht rechtsfähigen Vereins in § 54 S. 1 BGB zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen keine Identität bestehen könne. Eine Fortentwicklung der unangemessenen Liquidationsvorschriften hält er auch insofern für erlaubt und geboten, als § 54 S. 1 BGB im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung inzwischen überwunden worden ist. Trotz dieses Ansatzes glaubt er jedoch, die zwingenden Liquidationsvorschriften - im Gegensatz zu dem "überwundenen § 54 S. 1 BGB" ¹⁹⁸⁾ anwenden zu müssen, da er offenbar keine Möglichkeit sieht, diese trotz ihrer Unangemessenheit - etwa im Wege der teleologischen Reduktion - zu übergehen.

Wenn also demnach die Liquidationsvorschriften in ihrem direkten Anwendungsbereich beim Fortbestand des nicht rechtsfähigen Vereins nur deshalb angewendet werden sollen, weil sie zwingender Natur sind und nicht deshalb, weil sie sinnvoll und angemessen wären, so können sie außerhalb dieses direkten Anwendungsbereiches im Fall des Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit des rechtsfähigen Vereins auf keinen Fall analog angewendet werden.

197) MünchKomm-Reuter §§ 45 - 47 Rdz. 4.

198) MünchKomm-Reuter §§ 43, 44 Rdz. 1.

§ 3 Zusammenfassung

Der eingetragene rechtsfähige Verein sowie der konzessionierte rechtsfähige Verein können zulässigerweise auf ihre Rechtsfähigkeit verzichten mit der Rechtsfolge, daß sie fortan als nicht rechtsfähige Vereine weiter bestehen. Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit ist nicht als Minus gegenüber dem Auflösungsbeschluß, sondern als Akt der Vereinsautonomie eigener Art zu werten.

Der fortbestehende nicht rechtsfähige Verein ist mit dem vormals rechtsfähigen Verein nicht nur in personenrechtlicher, sondern auch in vermögensrechtlicher Hinsicht voll identisch, und zwar in gleicher Weise, wie im reziproken Fall der Entstehung des rechtsfähigen Vereins die Identität zwischen Vorverein und rechtsfähigem Verein nach inzwischen herrschender Meinung besteht.

Eine analoge Anwendung des Liquidationsgebotes des § 47 BGB kommt nicht in Betracht, da die dem § 47 BGB zugrunde liegenden Tatbestände des Verlustes der Rechtsfähigkeit dem Tatbestand des freiwilligen Verzichtes auf die Rechtsfähigkeit nicht ähnlich sind und auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 47 BGB besteht, da der Zweck der Liquidationsvorschriften, der Gläubigerschutz, durch die Anwendung der reinen Identitätstheorie besser und rechtssicherer verfolgt werden kann. Die Durchführung einer Liquidation wäre demgegenüber für alle Beteiligten in höchstem Maße unbefriedigend, unnötig und sogar interessenwidrig.

Lebenslauf

Ich wurde am 17.12.1950 als dritte Tochter des damaligen Landgerichtsrates Friedhelm Schmidt und seiner Ehefrau, Dipl.-Handelslehrerin Agathe Schmidt geb. Backus, in Moers am Niederrhein geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule wechselte ich 1961 zum Städtischen Mädchengymnasium in Moers. Dort bestand ich am 6.6.1969 mein Abitur.

Im Wintersemester 1969/70 nahm ich in Marburg/Lahn mein Jurastudium auf. Zum Sommersemester 1971 wechselte ich zur Freien Universität Berlin und setzte danach mein Studium ab Wintersemester 1971/72 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort. Am 28.10.1974 bestand ich bei dem Oberlandesgericht Hamm meine erste juristische Staatsprüfung.

Nach Ableistung meines Referendardienstes im Bezirk des Oberlandesgerichtes Hamm, legte ich am 8.7.1977 meine zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

Seit dem 1.8.1977 bin ich als Rechtsanwältin in einer Sozietät in Münster tätig.

